المغارسة في أرض الوقف

(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي) (*)

السيد محمد رافع يونس
مدرس القانون المدني المساعد
كلية العلوم / جامعة الموصل

المستخلص

المغارسة في أرض الوقف من المواضيع المهمة التي ثار بشأنها إختلاف في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ، لم تعالج القوانين العراقية الموضوع بشكل واضح وكامل ومستقر ، وهذا ما إنعكس على أحكام القضاء العراقي ، لان سنة الوقف لا تجيز المغارسة في الأرض الموقوفة بالأرض والشجر لعدم جواز بيع الوقف ، ولغرض الإحاطة بالموضوع بجوانبه كلها ..

سنتناول ضمن إطار هذا البحث موقف الفقه الإسلامي ، والقانون العراقي من المغارسة في أرض الوقف ، والتكييف القانوني لها ، وآثارها ، لننتهي إلى نتيجة مفادها شمول الغراس في أرض الوقف الصحيح بالمساطحة .

Abstract

To implant in the al-waqf land is important subject which to arise different matter in the Islamic jurisprudence with different faith , the Iraqi laws can't treatment the subject clearly , completely and stability , this issue reflect in to the Iraqi Judiciary decision , because the principal of al-waqf can't allowed to implant in the al-waqf land by land , and Tree

(*) أستلم البحث في ٢٠١١/٣/١٥ *** قبل للنشر في ٢٠١١/٥/٢٦ .

, because not allowed selling the al-waqf land , on purpose of surrounding on subjects by sectors we take included with in the frame of this research – the position of the Islamic jurisprudence , and Iraqi law from the implant in the al-waqf land . The jurist accommodation for the subject and the effect . Finally we find we result that conclude to include the Implant in the correct al-waqf land with ground rent .

المقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم ، والحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد الأمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد :-

إن أول حق ظهر : هو حق تملك الأرض بعد أن مارس الإنسان الزراعة عليها ، وغرس الأشجار فيها كمورد للعيش والرزق والتمتع بالحلال الطيب منها ، لذا تمسك الإنسان بأرضه للدفاع عنها أو للبحث عن غيرها أكثر جدوى ، ومع تطور الحياة البشرية وممارسة الإنسان الحرف الأخرى ، أصبح لبعض الناس أراضي تحتاج إلى إصلاح وغرس، ولم تكن لهم الخبرة والتجربة والمال للقيام بذلك مما اضطرهم إلى التعاقد مع الغير للقيام بذلك بشطر من الأرض والشجر ، ومن هنا ظهر موضوع عقد المغارسة في الأرض سواء المملوكة ، او الموقوفة وهو موضوع دراستنا .

وسنوضح مقدمة البحث من خلال النقاط الآتية : -

أولاً . التعريف بالموضوع :

تعريف الموضوع يكمن في أن تملك المغارس شطراً من أرض الوقف بعد إنتهاء عقد المغارسة يتناقض مع سنة الوقف في الحبس ، ومنع التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية ، وتفتيت أرض الوقف بالمغارسة يفوت الغرض من إيقافه وتأبيده ، ويبطل تنفيذ شرط الواقف كنص الشارع .

ثانياً . أسباب اختيارالموضوع :

أسباب اختيار الموضوع هو للإجابة على تساؤلات منها : هل تجوز المغارسة في الأرض الموقوفة وكيف ، وإذا ما وقعت ما هو حكمها ، وما هو التكييف القانوني لها ، وما هو المقترح القانوني الذي نعتقد أنه يضمن حقوق الوقف .

ثالثاً . منهجية البحث :

اعتمدت منهجية البحث على المقارنة بين الفقه الإسلامي ، والقوانين العراقية ذات الصلة بموضوع دراستنا ، كالقانون المدني ، والاصلاح الزراعي ، والتسجيل العقاري ، والاوقاف..، فضلاً عن تحليل النصوص والآراء ، وبيان موقف القضاء العراقي .

رابعاً . هيكلية البحث :

سنعرض موضوع دراستنا على وفق الخطة الآتية :

المبحث الأول : ماهية المغارسة في أرض الوقف .

المطلب الأول : التعريف بالمغارسة في أرض الوقف ، وموقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي منها .

الفرع الأول : التعريف بالمغارسة وبأرض الوقف .

الفرع الثاني : موقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي من المغارسة في أرض الوقف .

المطلب الثاني : التكييف القانوني لعقد المغارسة في أرض الوقف .

المبحث الثاني : حكم المغارسة في أرض الوقف .

المطلب الأول : حكم المغارسة في ارض الوقف في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول : حكم المغارسة في أرض الوقف (بعقد أو أذن شرعي) في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : حكم المغارسة في أرض الوقف (من دون عقد أو أذن شرعي) في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : حكم المغارسة في أرض الوقف في القانون العراقي .

الفرع الأول : حكم المغارسة في أرض الوقف (بعقد أو بحكم القانون) في القانون العراقي .

الفرع الثاني : حكم المغارسة في أرض الوقف تجاوزاً (من دون عقد أو قانون) في القانون العراقي .

المبحث الأول

ماهية المغارسة في أرض الوقف

تُعد المغارسة في أرض الوقف من المواضيع المهمة التي ثار بشأنها اختلاف في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ، ولم تعالج القوانين العراقية أحكام الموضوع بشكل واضح وكامل ومستقر ، وهذا ما انعكس على أحكام القضاء العراقي ، ولغرض الإحاطة بالموضوع بجوانبه كلها ، فإننا سنتناول ضمن إطار هذا المبحث التعريف بالمغارسة في أرض الوقف ، ومن ثم موقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي في المطلب الأول ، ومن بعده نبين التكييف القانوني لعقد المغارسة في أرض الوقف في المطلب الثاني ، على وفق الآتي : -

المطلب الأول

التعريف بالمغارسة في أرض الوقف

وموقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي منها

قبل البحث في أحكام المغارسة في أرض الوقف ، لابد من تعريف المغارسة في الأرض غير الموقوفة ، ومن ثم في الأرض الموقوفة ، مع توضيح ما المقصود بأرض الوقف ، وما هو موقف الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة من المغارسة في أرض الوقف من حيث إجازتها أم لا ، ثم نوضح موقف التشريعات العراقية من حيث شمولها أو عدم شمولها بالحكم القاضي بجعل نصف الأرض والشجر للمغارس .

لذا سنتناول ضمن إطار هذا المطلب التعريف بالمغارسة في أرض الوقف في الفرع الأول، ومن ثم موقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي من المغارسة في أرض الوقف في الفرع الثاني على وفق ما يأتي :-

الفرع الأول

التعريف بالمغارسة وبأرض الوقف

تعريف المغارسة يقتضي تعريف المغارسة في الأرض غير الموقوفة ، ومن ثم في الأرض الموقوفة وسيكون ذلك على وفق الآتـي :-

أولاً : تعريف المغارسة في الأرض غير الموقوفة :

المغارسة لغة : من غرسَ يغرس مغارسة ، وغرسَ الشجرَ : اثبته في الأرض ، والغَرس والغراس: ما يغرس من الشجر ، أو فسيل النخل ، ويطلق أيضاً على وقت الغرس ، والمَغْرس : موضع الغَرْس ، والغريسة : النخلة أو ما تنبت(١).

يتضح مما تقدم أن المغارسة تعني: تثبيت الشجر في الأرض بالوقت والمكان المحدد.

وفي الاصطلاح القانوني ، عرف المشرع العراقي المغارسة بانها : ((عقد على إعطاء أحد أرضه إلى آخر ليغرس فيها اشجاراً معلومة ، ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على أن تكون الأشجار والأرض ، أو الأشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة))(٢). كما عرف المشرع العراقي المغارس بأنه : ((الشخص الذي يتفق مع صاحب الأرض على إعمار وغرس مساحة معلومة بالأشجار مدة معلومة ، وبشروط معينة ..))(٣) .

---

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد السادس ، دار صادر – بيروت ، ١٣٧٥ هـ – ١٩٥٦ م ، ص١٥٤ مادة : غَرسَ ؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، (د.ط) ، دار الكتب العربية – بيروت ، (د.ت) ، ص ٤٧٢ ؛ لويس معلوف ، المنجد الابجدي ، ط١ ، المطبعة الكاثوليكية – بيروت ، ١٩٦٧ ، ص١١٢ ، ٧٣٣ ، ٩٨٢.

(٢) المادة : (٨٢٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، الوقائع العراقية العدد ٣٠١٥ في ١٩٥١/٩/٨ .

(٣) المادة : الأولى من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ، الوقائع العراقية العدد ١٨٨٤ في ١٩٧٠/٥/٣٠ .

ويتضح ان المشرع العراقي عرف المغارسة بانها : عقد قائم على التراضي بين صاحب الأرض ، والمغارس ليقوم الأخير بغرس اشجار معلومة لمدة معلومة ، وبشروط معينة منها إقتسام الأرض والشجر بعد إنتهاء مدة عقد المغارسة .

وعرف أحد شراح القانون عقد المغارسة بانه : ((إتفاق بين صاحب الأرض والمغارس يلتزم الأخير بمقتضاه بغرس الأرض بعدد معين من الأشجار ، على أن تكون له ما لا يقل عن نصف المساحة المغروسة))[١] . والتعريف مصدره المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ من حيث أنه إتفاق بين صاحب الأرض والمغارس على غرس الأرض بالاشجار ، والفقرة (أ/١) من المادة الرابعة عشرة من حيث أن لا تقل حصة المغارس عن نصف الأرض والشجر .

ويمكن تعريف المغارسة بانها : عقد يُسلم بمقتضاه صاحب الأرض أرضه لمن يغرسها بأشجار معلومة ثابتة الأصل مثمرة ، والعناية بالغراس لمدة معينة على أن تكون الأرض والأشجار ، أو الأشجار وحدها بينهما بنسبة معينة بعد إنتهاء العقد .

ويتضح من التعريف ان التعاقد يكون بين المغارس وصاحب الأرض ، والأخير إما يكون المالك في الأرض المملوكة ملكاً صرفاً ، أي يملكها الأفراد ملكاً تاماً رقبة ومنفعة وحقوق كافة ، أو صاحب حق التصرف في الأرض المملوكة للدولة[٢] ، وأشار التعريف إلى أن يكون الغرس بأشجار معلومة النوع ثابتة الأصل مثمرة ، واستبعد غير ذلك ، وضرورة العناية بالاشجار وتربيتها لمدة معينة .. ،

---

(١) د. عدنان أحمد ولي العزاوي ، في القانون الزراعي العراقي ، ج١ ، مطبعة دار الحكمة للطباعة والنشر – الموصل ، ١٩٩٠ ، ص ١٤ هامش رقم (٢٢) .

(٢) يراجع : بشأن ما يقصد بـ (صاحب الأرض) المادة الأولى من قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ؛ وتعد الأراضي الاميرية الصرفة ، والمفوضة بالطابو ، والممنوحة باللزمة ، والموقوفة وقفاً غير صحيح ، والأراضي المتروكة من صنف الأراضي المملوكة للدولة ، يراجع : المادة الأولى – أولاً من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٥٣١ في ١٩٧٦/٥/٣١ .

وبذلك يكون عقد المغارسة حدد معظم الالتزامات الاساسية الضرورية للعاقدين ، وترك لهما الحرية في تحديد تفاصيل الالتزامات الأخرى كنوع الشجر والعدد ، ومدة العناية ، ونسبة الأرض والشجر أو الشجر لوحده .

ثانياًُ : تعريف المغارسة في الأرض الموقوفة :

سنعرف أرض الوقف أولاً ، ومن ثم المغارسة فيها وكما يأتي :

١. **تعريف أرض الوقف :** وهي الأرض الموقوفة التي كانت ملكاً تاماً للواقف وقت وقفها ، ثم حبس أصلها وتصدق بغلتها [1] . أما وقف حق التصرف في الأرض الأميرية فهو من قبيل الأرصاد والتخصيص من صاحب السلطة لجهة من الجهات وتسمى بالوقف غير الصحيح ، لأن ((الوقف لا يجوز إلاّ في الأصول أو رقاب الأرضين))[2] .

لذا يمكن تعريف الأرض الموقوفة بأنها : الأرض التي حَبس أصلها مالكها ، ومنع التصرف فيها ، وتصدق بمنفعتها وتسمى بالوقف الصحيح .

ولمعرفة ما تشتمل عليه أرض الوقف : جاء في كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف : ((فلو قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله عز وجل أبداً ، ولم يزد تصير وقفاً ، ويدخل فيه مافيها من الشجر والبناء دون الزرع والثمر كما في البيع ، ويدخل فيه أيضاً الشرب والطريق استحساناً لأنها إنما توقف للاستغلال ، وهو لا يوجد إلاّ بالماء والطريق ..))[3] .

ويتضح أنه يدخل في مفهوم الأرض ما فيها من الشجر ، والبناء ، والشرب ، والطريق .. ، وان لم تذكر في حجة الوقف دون الزرع والثمر ، وإذا نص الواقف للأرض بحقوقها ، أو ما فيها جميعاً دخل في الوقف مع الأرض ما

(١) هلال بن يحيى بن مسلم الرأي ، أحكام الوقف ، ط١ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية – حيدر آباد الدكن (الهند) ، ١٣٥٥ هـ ، ص ٦ و ٧ .

(٢) ابو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف ، أحكام الأوقاف ، ط١ ، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية ، ١٣٢٢ هـ – ١٩٠٤ م ، ص ٣٤ و ٣٥ .

(٣) برهان الدين بن موسى بن ابي بكر بن علي الطرابلسي ، الاسعاف في أحكام الأوقاف ، ط٢ ، مطبعة هندية – مصر ، ١٣٢٠ هـ – ١٩٠٢ م ، ص ١٩ .

فيها من الزرع والثمر ، وإذا أدخل في الوقفية ما فيها من المواشي ، والآلات الزراعية ، وغيرها صارت وقفاً تبعاً للأرض[١] .

والأصل ان كل ما على الأرض او تحتها من بناء ، أو غراس ، أو منشآت أخرى .. يعد من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ، وملكاً له ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك ، وأنها من الأشياء العقارية لان لها مستقر ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف .. [٢] .

ويتضح مما تقدم ان الأرض الموقوفة : هي الأرض التي حبسها مالكها لوجه الله تعالى أبداً صدقة جارية منفعتها تصرف على الموقوف عليهم الذين عينهم الواقف ، ومنع التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية ، فلا تباع ، ولا توهب ، ولا يوصى بها ، ولا ترهن، ولا تحجز .. ، ولا تورث ، وتشتمل كل ما عليها ، او تحتها من بناء ، أو غراس ، او منشآت أخرى .. مستقرة ثابتة .

٢. تعريف المغارسة في أرض الوقف : ذهب أحد [٣] شراح أحكام الأوقاف إلى تعريف المغارسة في أرض الوقف بانها : ((دفع الأرض إلى من يغرسها اشجاراً ، ويقوم بتربيتها بجزء معين من ثمرتها)) . وهذا التعريف مأخوذ من مذهب الحنفية . وذهب آخر [٤] إلى إمكانية استثمار الأرض الموقوفة باسلوب المغارسة بتقديمها إلى من يقوم باستثمارها بزرعها بنوع من الشجر والاعتناء به ، والاشراف عليه ، على ان يقتسما الناتج بينهما بنسبة معينة يتفقان عليها ، وهذا

---

(١) محمد قدري باشا ، قانون العدل والانصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف ، دراسة وتحقيق : د. علي جمعة محمد ومحمد أحمد سراج ، ط١ ، دار السلام – القاهرة ، ١٤٢٧ هـ ٢٠٠٦ م ، ص١٨٥ ، ١٨٨–١٨٩ .

(٢) المادتين (١١١٧ و ٦٢) من القانون المدني العراقي .

(٣) حسن رضا ، احكام الأوقاف ، ط٢ ، مطبعة التفيض الأهلية – بغداد ، ١٣٥٧ هـ – ١٩٣٨ م ، ص١٠١ .

(٤) أحمد محمد السعد ومحمد علي العمري ، الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي ، الأمانة العامة للأوقاف – الكويت ، ١٤٢١ هـ – ٢٠٠٠ م ، ص ١٠٠ .

الرأي يتفق مع ما سبقه ، وله فائدة للوقف باصلاح أرضه ، ومضاعفة استغلالها دون إضعافها[١] .

وتجدر الإشارة إلى أن الشراح يشترطون لصحة المغارسة في أرض الوقف عدم وجود غلة تمكن متولي الوقف من الغرس ، وتحقق النفع للوقف ، وأذن القاضي ، وتعيين المدة ، وحصة المغارس من الثمر دون الأرض ، وإذا فسخت المغارسة بسبب فساد العقد او بطلانه كاشتراط حصة من أرض الوقف للمغارس ، فان المغروسات تكون للوقف ، وللمغارس قيمة الغراس يوم غرسه مع أجر مثل عمله [٢] .

وتأسيساً على كل ما تقدم ذكره ، فانه يمكن تعريف المغارسة في أرض الوقف بأنها : عقد يُسلم بمقتضاه متولي الوقف – عند تحقق الضرورة وبأذن القاضي – أرض الوقف الصحيح [٣] إلى من يغرسها باشجار معلومة ثابتة الأصل مثمرة ، والعناية بها لمدة معلومة بجزء معين من ثمرتها .

والتعريف المقترح لم يجوّز المغارسة في أرض الوقف بالأصل ، لأنه يمكن غرسها من متولي الوقف ، أو إيجارها .. ، وأجازها استثناءاً عند تحقق الضرورة ، كأن تكون الأرض الموقوفة خربه ولا يوجد غلة لاصلاحها وغرسها ، أو عدم امكانية الاستدانة ، أو لا يوجد راغب لاستئجارها .. ، وكل ذلك يكون بأذن القاضي الشرعي المتولي العام عن الوقوف ، ويتحرى منفعة الوقف في شروط المغارسة من حيث نوع الشجر ، والعناية بها ، وتعيين المدة ، وحصة المغارس من الثمر دون الأرض ، وبذلك يكون الهدف أو الغاية من التعريف حفظ الأرض الموقوفة من التفتيت والبيع ، وعمل على تأبيد الوقف ودوام منفعته فضلاً عن ان

---

(١) احمد محمد السعد و محمد علي العمري ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ .

(٢) حسن رضا ، مصدر سابق ، ص ١٠١-١٠٢ .

(٣) الوقف الصحيح : هو العين التي كانت ملكاً تاماً – رقبتها وحق التصرف بها – للواقف ، فوقفها إلى جهة من الجهات ، المادة الأولى /٤ من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ ، الوقائع العراقية العدد ١٢٩٣ في ١٩٦٦/٧/٣١ ؛ المادة (٦/أ) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، الوقائع العراقية العدد ١٩٩٥ في ١٩٧١/١٠/٥ .

اشتراط حصته من الأرض الموقوفة للمغارس يجعل العقد باطلاً ، وتكون المغروسات للوقف ، وللمغارس قيمة غرسه بأجر مثل عمله .

الفرع الثاني

موقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي من المغارسة في أرض الوقف

سنبين موقف الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ، ومن ثم نستعرض موقف القانون العراقي من المغارسة في أرض الوقف على وفق الآتي :

أولاً : موقف الفقه الإسلامي من المغارسة في أرض الوقف :

إختلف الفقهاء المسلمون بشأن المغارسة في الأرض المملوكة والموقوفة على وفق الآتي :

١- ذهب الجعفرية إلى أن المغارسة باطلة(١) ، وهو ما يقرره الشافعية ، لأن الغرس ليس من عمل المساقاة ، ولا تجوز المغارسة بجزء من الشجر ، أو الثمر بينهما(٢).

---

(١) محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق ، ج٤ ، ط٤ ، مؤسسة أنصاريان – قم ، ٢٠٠٣ ، ص١٩٣ ؛ وكذلك كتاب الفقه الصادق ج١٩ ، وعلى الموقع http:llwww.imanrohani-com ، وبتاريخ ٢٠٠٩/٦/٨ ؛ ولمزيد من التفصيل يراجع ، د. عدنان احمد ولي العزاوي ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ١٤٩-١٥٠ .

(٢) محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، ج٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م ، ص ٣٢٦ ؛ أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي البكري ، إعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ، ج٣، ط٢ ، المطبعة الأميرية – مصر ، ١٣٠٥ هـ ، ص ١٢١ .

وذهب أحد الفقهاء [١] إلى توضيح المغارسة في الأرض المملوكة والموقوفة على النحو الآتي : -
((المغارسة : هي تسليم شخص أرض لمن يغرس فيها غرساً ثابت الأصل كالشجر والنخيل ، وهي على ثلاثة أوجه : الأول : ان يغرس لصاحب الأرض بأجرة معلومة، وهذا جائز في الأرض الوقفية وغيرها ، والثاني : ان يغرس على ان يكون له نصيب معلوم مما غرس ، وهذا لا يجوز لأنه من باب كراء الأرض بما تنبته، وهو ممنوع في الأرض الوقفية والمملوكة ويأتي المنع من جانب آخر هو كون الإيجار يقع بغير نقود ، وإنما بغرس وإيجار الوقف لا يجوز إلا بالنقود، والثالث : أن يغرس على أن يكون له نصيب من الغرس والأرض معاً ، وهذا ممنوع لسببين : الأول : وهو المذكور اعلاه في الوجه الثاني ، الثاني : هوبيع جزء من أرض الوقف مقابل الغرس ، وبيع الوقف ممنوع كما هو معلوم)) .
ويتضح أنه لا تصح المغارسة بنصيب من الغرس ، أو الغرس والأرض معاً، وان المغارسة تصح فقط بأجرة معلومة .

٢- ذهب الحنفية إلى أن الأنفع للوقف أن يغرس متولي الوقف الأرض الموقوفة التي تحت توليته ، أو يأذن للمستأجر بالمناصبة :أي يكون الغراس بينه وبين الوقف[٢] وإن شرط أن يكون الشجر والأرض بينهما نصفين لا تصح لاشتراك الشركة فيما هو موجود قبل الشركة ، فيكون الغرس لصاحب

(١) الشيخ عبد القادر عثماني ، فتوى في مغارسة أرض وقفية بتاريخ ٢٠٠٨/١/١٠ ، وعلى الموقع http:llzoauiaelotmania.maktoobblog.com ، وبتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٢ .
(٢) محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ،دراسة وتحقيق وتعليق : عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد عوض ،ج ٦ ،ط٢ ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م ، ص ٦٧٨ .

الأرض ، وللمغارس قيمة غرسة وأجرة مثل عمله[١] ، وأجاز الحنفية المغارسة بمدة معلومة إذا كانت على الشجر والثمر من دون الأرض[٢] .

٣- وذهب الحنابلة إلى صحة دفع الأرض الموقوفة إلى رجل ليغرسها على أن يكون له نصف الغرس أو ثلثه من دون الأرض الموقوفة ، ويكون في مقابل بقاء غرسه في أرض الوقف عمله وقيامه بنصف الغرس الذي لأرض الوقف إذا لم يشترط عليه أجره[٣] .
ويتضح مما تقدم أن الحنفية والحنابلة أجازوا المغارسة في أرض الوقف بحصة من الغراس وليس بحصة من الأرض الموقوفة .

٤- إنفراد فقهاء المالكية بجواز المغارسة في الأرض البيضاء[٤] بالأشجار فان أثمرت تكون الأرض والغرس بينهما[٥] .

والرأي الغالب ، عند المالكية أن تكون المغارسة في الأرض المملوكة وليس الموقوفة ، لان المغارسة في حقيقتها بيع جزء من الأرض لاستصلاح الجزء الآخر ، والأصل ان بيع الوقف لا يجوز وإن خرب ، ومع ذلك يوجد رأي

(١) محمد كامل بن مصطفى بن محمود الطرابلسي الحنفي ، الفتاوى الكاملية في الحوادث الطرابلسية ، (د.ط) ، مطبعة محمد أفندي مصطفى – مصر ، ١٣١٣ هـ ، ص ٢٣٥ .

(٢) ينظر: محمد أمين الشهير بابن عابدين ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج١ ، ط٢ ،مطبعة بولاق – مصر ، ١٣٠٠ هـ ، ص ١٧٣ ؛ محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزار الكردي الحنفي ، الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز ، مطبوع على هامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية (العالمكيرية) ، ج٣ ، الميمنية – مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ص ٩٧ ؛ خير الدين الرملي، الفتاوى الخيرية لنفع البرية ، ج١ ،ط٢ ، المطبعة الكبرى الميرية – مصر ، ١٣٠٠ هـ ، ص ١٩٩.

(٣) أحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي ، الفواكه العديدة في المسائل المفيدة ، ج١ ، ط١ ، المكتب الإسلامي – دمشق ، ١٣٨٠ هـ ،ص ٥٣٨ .

(٤) وفي المعجم أرض بيضاء : قاحلة ، بور ، لويس معلوف ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ ، ويقصد بها : الأرض الخالية من الشجر أو فيها شجر يابس .

(٥) شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي ، الذخيرة في الفقه المالكي ، ج١٠ ، ص ٣٤٨ ، نقلاً عن الموقع http://www.SK.gov.lb، وبتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٤ .

يجيز بيعه وان خرب بشرط عدم الجدوى ، ولا يمكن اصلاحه وتعميره ، فان صارت الأرض الموقوفة على هذه الحال جاز إعطاؤها بالمغارسة على هذه الرواية[١] .

ويظهر مما تقدم أن الفقه الجعفري والشافعي لم يجيزا المغارسة مطلقاً ، والحنفية والحنابلة أجازا المغارسة في الأرض المملوكة والموقوفة بشطر من الشجر من دون الأرض ، والرأي الغالب عند المالكية بجواز المغارسة في الأرض المملوكة بجزء منها بشروط معينة من دون الأرض الموقوفة ، لأنه لا يجوز بيع الوقف ، ومع ذلك إنفرد رأي من المالكية بالجواز معللين ذلك ببيع (استبدال) جزء من الأرض الموقوفة الخربه لاصلاح الجزء الآخر .. ، وهذا الرأي محل نظر لان استبدال الوقوف ربما يخالطها التعسف والتسور عليها بذريعة الاستبدال.

ثانياً : موقف القانون العراقي من المغارسة في أرض الوقف:

كانت المغارسة في أرض الوقف تابعة للأحكام الشرعية المرعية ، وبعد صدور القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بقيت قواعد الوقف ، ومنها المغارسة فيه تستقى من الفقه الإسلامي مباشرة[٢] ، وهذا لا يمنع من تطبيق بعض نصوص أحكام المغارسة التي نظمها القانون المدني بالمواد (٨٢٤ – ٨٣٣) على المغارسة في أرض الوقف بما لا يتعارض مع الأحكام الشرعية المرعية للوقف كأشتراط الأشجار وحدها مشتركة بين الوقف والمغارس بنسبة معينة بعد انتهاء العقد ، أو ان لرب الأرض (الوقف) تملك حصة المغارس من الشجر قائماً[٣] .

وجاء في المادة السادسة /٤ من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ إلى أن ((للديوان ، وللمتولي بقرار من المجلس – مجلس الأوقاف الأعلى – أن يتملك حقوق المغارسة رضاء أو قضاء بعد دفع تعويض عادل للمغارس)) . ويتضح من النص ان المشرع العراقي جوّز لديوان الأوقاف ، ولمتولي الوقف الملحق ، وبقرار من مجلس الأوقاف الأعلى تملك حقوق المغارسة من المغارس رضاء ، أو بطريق القضاء بعد دفع تعويض عادل للمغارس ، وحسناً

---

(١) د.الصادق عبد الرحمن الغرياني ، فتاوى المعاملات الشائعة ، ط٢ ، دار السلام – القاهرة ، ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣ م ، ص ١١٦ .

(٢) الشق الأخير من الفقرة (٣) من الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي .

(٣) تنص المادة (٨٣٠) من القانون المدني العراقي بأنه (.. إذا أصبح شريكاً – المغارس – في الشجر فقط كان لرب الأرض أن يطلب تملك حصة المغارس من الشجر قائماً ..) .

فعل المشرع العراقي ، لأنه أعطى مرونة للديوان ، والمتولي في التملك على وفق ما تقتضيه منفعة الوقف ، ووجود غلة للوقف تساعده على دفع التعويض . وبذلك حمى الأرض الموقوفة من التفتيت المخالف لسنة الوقف ، وضمن حقوق المغارس بالتعويض. فضلاً عن أنه مكَّن الأوقاف من التقليل من المغارسة في الأراضي الموقوفة التي يصعب استحصال غلتها ، أو استبدالها بحالات استغلال أخرى كالإيجار ، كما ان النص اكثر اتساقاً مع نص المادة(٨٣٠) من القانون المدني العراقي التي تجيز تملك حصة المغارس من الشجر.

أما قانون الإصلاح الزراعي العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ، فلا يجيز عقد المغارسة في الأرض الموقوفة ، لأن تعبير صاحب الأرض الوارد في المادة الأولى لم يشمل أرض الوقف ، وعلى ذلك سار القضاء العراقي[1] ، وبعد ذلك شمل جهة الوقف بالنسبة للأراضي الزراعية جميعها العائدة للأوقاف بتعبير صاحب الأرض بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٩٠٤ في٣/١٢/١٩٧٢[2] ، ثم عاد وأخرج الأرض الموقوفة من شمولها، لالغاء القرار اعلاه بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٣٩٤ في ٣٠/٣/١٩٨٣[3] ،

---

(١) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٥٩٥ / مدنية ثانية عقار / ١٩٧٢ في ٢٠/٦/١٩٧٢ ، النشرة القضائية يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق – بغداد ، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، ١٩٧٤ ، ص ٨٤–٨٥ ؛ وجاء في القرار إلى أن (المغارسات الخاصة بأرض الوقف لا تنظر من اللجان المشكلة بقانون الإصلاح الزراعي على أساس ان المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي تشمل الأرض المملوكة ملكاً صرفاً والأرض المفوضة بالطابو والممنوحة باللزمة من دون أرض الوقف التي لا تدخل في مفهوم النص المتقدم ..) .

(٢) الوقائع العراقية العدد ٢٢٠٥ في ٩/١٢/١٩٧٢ ، وجاء في الفقرة (١) من القرار (يشمل تعبير صاحب الأرض الوارد في المادة الأولى من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ جهة الوقف بالنسبة لجميع الأراضي الزراعية العائدة للأوقاف ..)) .

(٣) الوقائع العراقية ٢٩٣٤ في ١/٤/١٩٨٣ .

وتستبدل إلى المغارسين ، وفي حالة رفضهم تستبدل بالمزاد العلني على وفق الأحكام المرعية [١].

واستقر المشرع العراقي أخيراً على عدم شمول المغارسة في أرض الوقف بأحكام قانون الإصلاح الزراعي العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ، وبقيت تحكمه الأحكام الشرعية المرعية والقوانين الخاصة بالأوقاف .

وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يحسم الموضوع بالنص في قانون الإصلاح الزراعي عند تشريعه على أن المغارسة في الأرض الموقوفة تكون خاضعة للأحكام الشرعية والقانونية الخاصة بها لكي يخلص من الاضطراب التشريعي .

يتبين مما تقدم ذكره أنه على الرغم من اضطراب المشرع العراقي في شمول ، أو عدم شمول المغارسة في أرض الوقف بقانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ، إلا أنه استقر أخيراً بعدم شموله ، لأن القانون الزراعي جعل نصف الأرض والشجر للمغارس من القواعد الآمرة فضلاً عن إلى قواعد أخرى ، وهي بالنتيجة تتعارض مع سنة الوقف بعدم تفتيته بالمغارسة وتأبيده ، ويفوت الغرض من إيقافه على وفق شرط الواقف .

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد المغارسة في أرض الوقف

إختلف الفقه والتشريع في التكييف القانوني لعقد المغارسة بشكل عام من حيث كونه إجاره ، أو شركة ، أو عمل ، أو بيع ، أو مساطحة ، أو حق عيني .. [٢] ، وهذا في عقد المغارسة في الأرض المملوكة . لكن ما هو تكييف المغارسة في أرض الوقف التي اجازها بعض فقهاء المسلمين – كما أسلفنا – بجزء من الشجر والثمر ، أو الثمر فقط من دون أرض الوقف.

---

(١) الفقرة رابعاً وخامساً من القرار المذكور .

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع : اسامة محمد سعيد الفتي ، النظام القانوني لعقد البستنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل ، ١٤٢٥ هـ -٢٠٠٤ م ، ص ١٥٧-١٦١ .

ان المغارسة في أرض الوقف لا يمكن عدّها عقد بيع ، لان حكم البيع تمليك البائع للمبيع إلى المشتري مقابل امتلاكه الثمن ، في حين إن المغارس في أرض الوقف هو اعطاء المتولي الأرض الموقوفة إلى الغارس على أن تكون الأشجار أو الثمر – بعد مدة معلومة – مشتركة بينهما بنسبة معينة ، فإذا كان الغارس يقوم بتمليك جزء من الشجر أو الثمر إلى الوقف فانه لا يقبض مقابل ذلك بدل نقدي ، وانما تمكينه من الانتفاع بأرض الوقف بعد انتهاء المدة المعلومة المتفق عليها على أن يقوم بعناية غراس حصة الوقف .

كما لا يمكن عد المغارسة في أرض الوقف عقد مقايضة ، لان المقايضة بيع العين بالعين(١) ، ويعد كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه (٢) ، فلو افترضنا ان الغارس في أرض الوقف بائعاً يقايض بالغرس ، لكن لا يعد مشترياً للشيء الذي قايض عليه وهي أرض الوقف ، وإذا افترضنا ان متولي الوقف مشترياً لجزء من الشجر أو الثمر ، لكن لا يعد بائعاً لأرض الوقف ، لان الوقف لا يشترى ولا يباع .

وليست المغارسة بأرض الوقف عقد مقاولة ، لان المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي عرفت المقاولة بانها ((عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)) ، وإذا كان المغارس في أرض الوقف يؤدي عملاً لكنه لا يتقاضى أجراً من متولي الوقف ، ولا يلزم الأخير بدفعه ، والأجر ركن من أركان عقد المقاولة لابد من توفره (٣) .

وتجدر الإشارة إلى ان المغارسة في أرض الوقف تقترب من عقد الاستصناع لان المغارس يقدم الغرس والعمل ، والمشرع العراقي عدَّ العقد

---

(١) المادة : (٥٠٧) من القانون المدني العراقي .

(٢) المادة (٢/٥٩٧) من القانون نفسه .

(٣) جاء في حكم لمحكمة بداءة كركوك المرقم ١٤٣/ب/١٩٩٢ : ان قيام المدعي بحفر بئر وتعديل الأرض وغرسها بمغروسات لقاء اجر استلمه يخضع لاحكام عقد المقاولة والاستصناع ، أورد الحكم : أسامة محمد سعيد المفتي ، مصدر سابق ، ص١٥٦ هامش رقم(٤) .

استصناعاً إذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً [١] ، لكن لا يمكن عده استصناعاً لان متولي الوقف لا يلزم بدفع الأجر كما ذكرنا آنفاً .

وتقترب المغارسة في أرض الوقف من عقد الإيجار كثيراً ، لان متولي الوقف يمكن الغارس من الانتفاع بالأرض الموقوفة بغرسها خلال مدة معينة ، والأجرة (العوض) حصة معينة من الشجر والثمار أو الثمار فقط لان الأجرة تصح ان تكون مال آخر غير النقود [٢] ، وهنا يصعب التمييز بينهما ، لكن ثمة اعتراض بعض الشراح [٣] وهو ان المغارس لا يلزم برد الأرض الموقوفة بعد انتهاء مدة العقد بالحالة التي تسلمها وهذا ما نصت عليه المادة (١/٧٧٢) من القانون المدني العراقي ، وبذلك يفقد صفة عقد الإيجار .

وتجدر الإشارة إلى أن وزارة الأوقاف الأردنية تأخذ بصيغة عقد المغارسة في أرض الوقف بشكل عقد إيجار [٤] ، حيث تمكن جهة الوقف المغارس من الانتفاع بأرض الوقف لاستغلالها بغرسها بعدد ونوع معين من الشجر ، والاعتناء بها على نفقته الخاصة ، ولمدة عشر سنوات ، والأجرة بحصة من الناتج ، وهذا ما ينطبق تماماً مع تعريف الإيجار في القانون العراقي[٥] . اما الاعتراض الذي أورده بعض الشراح – كما ذكرنا آنفاً - أن المغارس لا يعيد الأرض الموقوفة

---

(١) يجوز أن يقتصر تعهد المقاول على تقديم العمل ويتعهد رب العمل بتقديم المادة ، ويجوز ان يتعهد بتقديم العمل والمادة معاً ويسمى العقد استصناعاً ، يراجع : المادة (٨٦٥) من القانون المدني العراقي

(٢) تنص المادة : (٧٣٦) من القانون المدني العراقي على انه : (يصح أن تكون الأجرة نقوداً ، كما تصح أن تكون أي مال آخر) .

(٣) أسامة محمد سعيد المفتي ، مصدر سابق ، ص١٥٨ .

(٤) يراجع : صيغة عقد مغارسة في أرض الوقف لدى د. احمد محمد السعد و محمد علي العمري ، مصدر سابق ، ص ١٤٨-١٤٩ .

(٥) المادة : (٧٢٢) من القانون المدني العراقي تنص على أن : (الإيجار : تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة ، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور) ، ويقابلها المادة (٦٥٨) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ، الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ في ١٩٧٦/٨/١ .

بعد إنتهاء المدة بالحالة التي تسلمها فهو محل نظر ، لان أرض الوقف سيتم إصلاحها واستثمارها بالغرس ، وهي في كل الأحوال لمصلحة الوقف ، لان هذه الصيغة لا تعمل على إضعاف القدرة الانتاجية للأرض الموقوفة كما في الإجارة غالباً[1] وهي تتفق مع القاعدة الفقهية ((تصرف المتولي والقاضي في الوقف منوط بالمصلحة))[2] ، كما ان الأجرة هي حصة الوقف من الثمار عوضاً عن مبلغ النقود[3] .

ونعتقد أن صيغة عقد المغارسة في أرض الوقف الموصوفة اعلاه ، لا يوجد فيها ما يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي ، ويمكن الأخذ بها عندنا في العراق ، الاّ انه على الصعيد العملي فان متولي الوقف سواء الخاص أم العام (دائرة الوقف) سيجد صعوبة في وجود مغارس يقبل بهذه الشروط ، وفي استيفاء الأجرة من الناتج إن قبل ، لكن في كل الأحوال فانه سوف يحصل على أرض الوقف مغروسة صالحة للاستغلال والانتاج بعد انتهاء مدة العقد .

كما انه لا يمكن القول بادخال عقد المغارسة في أرض الوقف ضمن نطاق الإجارة الطويلة على غرار المشرع السوري الذي حصره بالعقار الموقوف ، ونطاقه يشمل البناء والغراس ، والمستأجر يعد مالكاً للمحدثات ، ولا يسقط حق الإجارة الطويلة إلاّ بزوالها ، أو عدم دفع الاجرة ، أو باتحاد الذمة[4] ، لان المشرع العراقي لم ينظمه ، فضلاً عن أنه أطفأ حق الاجارات الطويلة على العقارات الموقوفة المثقلة به ، لانه حرم جهة الوقف من الانتفاع بعقاراته بصورة

---

(١) د. احمد محمد السعد و محمد علي العمري ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(٢) أورد هذه القاعدة وقاعدة أخرى مشابهة لها وهي : (يفتى بكل ما هو أنفع للوقف) علي حيدر ، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف ، ترجمه وعلقّ عليه : اكرم عبد الجبار و محمد احمد العمر ، ج١، مطبعة بغداد – بغداد ، ١٩٥٠ ، ص ١٦ و ٢٤ .

(٣) د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المسماة ، ط٢ ، دار ابن الأثير – الموصل ، ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م ، ص ٢٧١ .

(٤) نظم المشرع السوري حق الإجارة الطويلة في المواد (١٠١٧–١٠٢٧) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ .

عادلة ، واقتضت مصلحة الوقف اطفاء هذه الحقوق[١] ، وتأسيساًَ على ذلك لا يمكن القول بان المغارسة في أرض الوقف حق عيني أصلي[٢] .

ويتجه جانب من الفقه العراقي[٣] إلى أن المغارسة هي إحدى صور عقد المساطحة لتشابه الغراس بالعقار من حيث الثبات بالأرض ، واعترض على ذلك احد شراح القانون[٤] بوصف المغارس يصبح شريكاً على الشيوع إذا أنجز العقد ولو نص على خلاف ذلك ، في حين ان عقد المساطحة عدّ الاتفاق وحده هو الذي يحدد حقوق المساطح والتزاماته[٥] .

الحقيقة ان الاعتراض الذي أورده أحد شراح القانون المذكور آنفاً محل نظر لانه يمكن ان يكون على الأرض المملوكة ، اما الأرض الموقوفة فان المشرع العراقي – كما ذكرنا – استثنى أراضي الوقف الصحيح من أحكام تثبيت حقوق المغارسة ، ولا يكون المغارس شريكاً في الأرض الموقوفة تطبيقاً لقاعدة عدم صحة المغارسة بشطر من أرض الوقف .

ومن كل ما تقدم ذكره عن تكييف عقد المغارسة في أرض الوقف ، فانه يمكن ادخاله ضمن نطاق حق المساطحة ، ونتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه العراقي[٦] ، لان المشرع العراقي يُعد الغراس من العقارات [٧] ، فضلاً عن أن لها الثبات والاستقرار في الأرض قد تزيد على بقاء الأبنية والمنشآت ، وإذا كان أحد

---

(١) يراجع : قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٦ ، والأسباب الموجبة لصدوره ، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣١١٦ في ١٩٨٦/٩/٢٢ .

(٢) المشرع العراقي عدَّ حق الإجارة الطويلة من الحقوق العينية الأصلية في المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي .

(٣) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي – الحقوق العينية ، شركة الرابطة – بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٤) أسامة محمد سعيد المفتي ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

(٥) المادة : (١٢٦٦) من القانون المدني العراقي .

(٦) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٧) المادة : (١/٦٢) من القانون المدني العراقي .

شراح القانون[١] ذهب إلى أن المشرع العراقي نظم عقد المغارسة بوصفه عقد مسمى ، واستبعد المغروسات من عقد المساطحة فان ذلك في الأرض غير الموقوفة ، ويمكن معالجة الاستبعاد بالاقتراح على المشرع العراقي بتعديل نص المادة (١٢٦٦) من القانون المدني العراقي بحذف عبارة (غير الغراس) منها على غرار القوانين العربية[٢] .

وتأسيساً على كل ما تقدم ذكره ، فإنه يمكن تكييف المغارسة في الأرض الموقوفة وقفاً صحيحاً بعقد المساطحة ، لوجود جدوى اقتصادية من الغراس يحقق مصلحة الوقف من دون المساس بشرط الواقف ، وتؤجر الأرض الزراعية الموقوفة للمساطحة بالمزايدة العلنية على وفق عقد المساطحة موضحاً فيه حقوق المساطح (المغارس) والتزاماته التعاقدية ، ومآل الاشجار بعد انتهاء مدة العقد .

وتجدر الاشارة إلى انه لا يجوز ترتيب حق المساطحة بالغرس أو البناء على الأراضي الموقوفة وقفاً غير صحيح ، لأنها أميرية رقبتها مملوكة للدولة ، والموقوف هو حق التصرف فيها وخصص السلطان منافعه إلى جهة من الجهات ، ولذا خص المشرع العراقي إنشاء حق المساطحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وقفاً صحيحاً[٣] ، لانها كانت ملكاً تاماً – رقبتها وحق التصرف فيها – للواقف ثم وقفها إلى جهة من الجهات .

يكون شمول الغراس في أرض الوقف بالمساطحة اكثر اتساقاً مع المادة (٢/٢٣٤) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، والمادة (١٢٧٠) من القانون المدني العراقي ، لأنه تسجل ملكية الغراس المقامة من الغارس باسم صاحب الأرض (جهة الوقف) عند انتهاء حق المساطحة بعد تعويض قيمتها مستحقة القلع ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، كأن ينص عقد المساطحة بنقل ملكية الغراس إلى جهة الوقف من دون مقابل عند انتهاء حق المساطحة .

---

(١) زينة غانم العبيدي ، حق المساطحة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص ١٣ .

(٢) المادة : (١٢٥٥) من القانون المدني الأردني ، والمادة : (١٢٧٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٣) المادة : (٢٢٩/ ١) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

المبحث الثاني

حكم المغارسة في أرض الوقف

بعد أن أوضحنا في المبحث الأول من هذه الدراسة المقصود بالمغارسة في الأرض غير الموقوفة وفي أرض الوقف ، وفصلنا اختلاف الفقهاء المسلمون بشأن المغارسة في الأرض المملوكة والموقوفة ، وتوصلنا إلى أن المشرع العراقي كان مضطرباً في شمول أو عدم شمول المغارسة في أرض الوقف بقانون الاصلاح الزراعي إلى أن استقر – ولو جاء متأخراً- بعدم شمولها ، ثم اقترحنا ادخال المغارسة في أرض الوقف ضمن نطاق حق المساطحة ، لان المغروسات تسجل باسم الوقف دون مقابل بعد انتهاء مدة حق المساطحة .

أما في هذا المبحث سنتعرض إلى الأحكام المترتبة على المغارسة في أرض الوقف بعد وقوعها ، لاختلافها بحسب وقوعها بعقد أو أذن شرعي ، أو دون ذلك تجاوزاًُ في الفقه الإسلامي ، ومن ثم في القانون العراقي في المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول

حكم المغارسة في أرض الوقف في الفقه الإسلامي

سنبين موقف الفقه الإسلامي من حكم المغارسة في أرض الوقف بعقد أو أذن شرعي بحسب من هو الغارس : الواقف أم المتولي أم الموقوف عليه أم أجنبياً عن الوقف ، وهل من مال الوقف أم من الغارس ، ولمن غُرس للوقف أم لنفسه ، وكذلك ما هو حكم الحكر في الأرض الموقوفة ، وهل يجوز تغيير الأرض الموقوفة بالغرس فيها ، وما هو موقف الفقه الإسلامي إذا حصلت المغارسة في أرض الوقف دون عقد أو أذن شرعي تجاوزاً .

لذا سنوضح ما تقدم في هذا المطلب حكم المغارسة في أرض الوقف في الفقه الإسلامي بعقد أو أذن شرعي في الفرع الأول ، ودون عقد أو أذن شرعي في الفرع الثاني وكما يأتي :

الفرع الأول

حكم المغارسة في أرض الوقف

(بعقد أو أذن شرعي) في الفقه الإسلامي

سبق وأن أوضحنا ان المغارسة في أرض الوقف بجزء من الأرض الموقوفة للمغارس لم يجزه الفقهاء المسلمون القدامى كافة باستثناء انفراد رأي من المالكية ، لانه يخالف سنة الوقف بحبسه ومنع التصرف فيه بنقل ملكيته ، وسنوضح هنا حكم ملكية الغرس في أرض الوقف لمن للوقف أم للغارس .

اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي في حكم ملكية الغرس على أرض الوقف بعقد أو بإذن شرعي . فذهب الحنفية إلى أنه إذا كان الغارس في أرض الوقف متولي الوقف ومن مال الوقف ، أو كان من ماله للوقف ، أو اطلق فهو وقف ، إلاّ إذا كان الغارس هو الواقف وأطلق فهو له ، وان غرس المتولي من ماله لنفسه وأشهد انه له فهو له ، وإذا كان الغارس أجنبياً فان غرس بإذن المتولي ليرجع ، او للوقف فهو وقف ، وإن غرس لنفسه ، أو أطلق له رفعه ان لم يضر بأرض الوقف(١) .

وإذا كان الغارس في الأرض الموقوفة المستأجر بأذن المتولي ، وانتهت مدة الإجارة، تركت الأرض في يده ما دام يدفع أجر مثلها تحقيقاً لمصلحة الوقف ، ودفعاً لضرر المستأجر إذا أُلزم بقلع شجرة ، وهذا تحكيراً ضمنياً استثناء للمصلحة على القول الراجح(٢) .

والحكر أو التحكير : هو عقد إجارة للأرض الموقوفة بتمليك المحتكر (المستأجر) حق القرار والبقاء في الأرض الموقوفة المحكرة له للبناء أو الغرس

---

(١) محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص ٦٧٨ – ٦٧٩ .

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر : عبد الجليل عبد الرحمن عشوب ، كتاب الوقف ، ط٢ ، مطبعة الرخاء – مصر ، ١٣٥٤ هـ ١٩٣٥ م ، ص ٢٢٣ وما بعدها ؛ عبد الوهاب خلاف ، أحكام الوقف على ما عليه ، ط٢ ، مطبعة النصر – مصر ، ١٣٦٧ هـ – ١٩٤٨ م ، ص ٢٦٦-٢٧٠ .

فيها ، لمدة غير معينة ما دام يدفع أجر مثلها ، وهذا تحكير صريح بعقد بين متولي الوقف والمستأجر (المحتكر) بإذن المحكمة ، ويصح استثناء عند تحقق حالة الضرورة إذا خربت العين الموقوفة ، ولم يعد بالامكان الانتفاع بها ، ولا يوجد راغب باستئجارها لمدة طويلة وتعجيل أجرتها للتعمير بها ، ولا يمكن استبدالها ، ويتحقق القاضي من وجود حالة الضرورة للتحكير[١] .

وتجدر الإشارة إلى ان المحتكر إذا امتنع عن دفع اجر مثلها ، أُمر بهدم بنائه ، وقلع شجره إن لم يضر بالوقف ، وإلاّ بقي ينتظر حتى ينهدم ، أو ينقلع الشجر ، ولا يلزم بدفع أجر البقاء لانه لو ألزم بالأجر وقع عليه ضرران الأول : اجباره على الانتظار ، والثاني : الزامه بالأجر ، فضلاً عن أن بقائه لمصلحة الوقف في إجارة أرض الوقف لغيره لأنه لا يد له على البناء أو الغرس ، ولا حق له في رفعهما فللوقف أجر أرضه خالية ، ولصاحب البناء أو الغرس ما زاد [٢] .

ونتفق مع ما ذهب إليه أحد[٣] شراح الوقف من أن عقود الحكر أو التحكير أو المقاطعة ، او الإجارتين أو الاجارة الطويلة الواحدة .. على أرض الوقف هي من العقود الاستثنائية التي اجيزت للضرورة ، إلا أنه في الواقع انها من العقود غير الصحيحة ، لانها إجارة لمدة مجهولة (غير معينة) ، ولا تخلو من ضرر قد يلحق الوقف ، ولذا منع المشرع العراقي هذه العقود بقانون الاوقاف رقم ٢٧ لسنة ١٩٢٩[٤] ، ولم ينظمه في القانون المدني .

---

(١) والفرق بين الحكر الصريح بعقد باذن القاضي ، وبين الحكر الضمني باذن متولي الوقف ، ان في الأول: حق القرار والبقاء للمحتكر ، ولورثته من بعده في البناء والغراس ، اما الثاني : فانه ينتهي بانتهاء مدة الاجارة ، او بموت المحتكر دون ان يبني ، او بتخريب ما بناه وجفاف ما غرسه بالأذن ، أو بالامتناع عن دفع اجر المثل ، عبد الوهاب خلاف ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ – ٢٧٠ .

(٢) عبد الجليل عبد الرحمن عشوب ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤-٢٢٥ .

(٣) د. أحمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا ، ط١ ، مطبعة المعارف – بغداد ، ١٣٨٨ هـ – ١٩٦٨ م ، ص ١٧٨ وما بعدها .

(٤) المادة السابعة من القانون (الملغي) .

ولم يكتفِ المشرع العراقي بمنع الحكر ، وانما شرع قانون إطفاء حق الحكر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٠[١] ، لانهاء العلاقة بين ارض الوقف ، ومالك البناء أو الغراس ، وشمل ايضاً الحقوق العينية المترتبة على أرض الوقف كالاجارتين، والاجارة المؤجلة[٢] ، والمقاطعة وعرصات النخيل والبساتين[٣] ، لأن الاوقاف تعطلت منافعها من أملاكها ، وتحميلها نفقات كبيرة تعادل أضعاف ما تحصل عليه[٤] ، ثم الغي القانون بالمادة الثالثة عشر من قانون إطفاء حق الحكر رقم (٣) لسنة ١٩٨٣[٥] ، وأعطى لجهة الوقف ، والمتولين ، وأصحاب حق الحكر أو ورثتهم حق إقامة دعوى الاطفاء ، وتنفذ المحكمة حكم الاطفاء عن طريق البيع بالمزايدة العلنية على وفق قانون التنفيذ[٦] ، واهم ما جاء فيه أن المحكمة بمعرفة الخبراء تقدر قيمة الأرض ، والبناء والغراس التي عليها ، وتعين قيمة كل منها على إنفراد ، ويكون التقدير اساساً لتوزيع بدل المبيع بين جهة الوقف وذوي العلاقة (الباني او الغارس) ويخصم ١٥% من قيمة أرض الوقف لتوزيعها على اصحاب البناء ، او الغراس كل بحسب حصته[٧] . والحقيقة ان هذا الخصم جاء مجحفاً لحقوق الوقف ، ومتعارضاً مع سنته بالحبس ، وعدم التصرف فيه بالخصم الذي يعد تصرفاً ناقلاً لجزء من ملكية الأرض الموقوفة ، وينقص من منفعة الموقوف عليهم بما يتعارض مع شرط الواقف .

ومع ذلك فإن القانون يعمل على سرعة إنهاء حق الحكر بإلغائه من دون بدل إذا لم يتخذ أصحابه الاجراءات اللازمة لاطفائه بعد مرور سنتين على نفاذ

---

(١) الوقائع العراقية العدد ٤٥١ في٨/١٢/١٩٦٠ .

(٢) الاجارة المؤجلة : هي الاجارة الواحدة القديمة للمستغلات الوقفية لمدة طويلة غير معينة لقاء أجرة سنوية محددة يدفعها المستأجر لجهة الوقف ، د. أحمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص ١٨٣ .

(٣) المادة الأولى من قانون اطفاء حق الحكر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٠ (الملغي) .

(٤) الأسباب الموجبة للقانون نفسه .

(٥) الوقائع العراقية العدد ٢٩٢٢ في ٣١/١/١٩٨٣ .

(٦) المادة الخامسة / ٢ من قانون اطفاء حق الحكر رقم٣ لسنة ١٩٨٣ .

(٧) المادة الخامسة / ٢ من القانون نفسه .

القانون[١] ، ويُعد شاغل العقار الموقوف المطفأ حق الحكر عليه بحكم المستأجر[٢] .

وذهب المالكية إلى أنه إذا كان الغارس في أرض الوقف من الموقوف عليهم ، وبين ان الغراس للوقف ، أو أطلق فهو وقف ، وان بين أنه له فهوله ، وله نقضه أو قيمته منقوضاً كغرس الاجنبي الآتي ذكره . ولو كان الغارس أجنبياً فان بين أنه وقف كان وقفاً ، وان بين انه له ، أو أطلق فهو ملك له ولورثته ،وله نقضه (هدمه) أو قيمته منقوضاً ، وإن كان الوقف يحتاج له فيوفى له من غلته ، فان لم يكن له غلة فلا شيء له [٣] ، وحسناً فعل المالكية لأنهم أصابوا مصلحة الوقف والموقوف عليهم .

وذهب الشافعية إلى انه لا يجوز تغيير الأرض الموقوفة بالغرس أو البناء ، إلا إذا نص الواقف على ذلك ،أو تعذر المشروط جاز إبداله ، لو وقف الواقف أرضاً للزراعة فتعذرت ، وانحصر النفع في الغرس أو البناء فعلى متولي الوقف فعل أحدهما أو ايجارها كذلك [٤] .

ويقترب الجعفرية من الشافعية في أنه لا يجوز تغيير الوقف مما هو عليه ، وإبطال رسمه ، وإزالة عنوانه لآخر ، إلاّ إذا كان الوقف وقف منفعة ، وأصبح

---

(١) المادة السابعة / ٢ من قانون إطفاء حق الحكر رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ .

(٢) المادة الثامنة من القانون نفسه .

(٣) أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، بُلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير ، ج٢ ، الطبعة الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر ، ١٣٧٢ هـ – ١٩٥٢م ، ص ٣١٢ .

(٤) شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ومعه حاشية ابي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي وحاشية احمد عبد الرزاق بن محمد بن احمد المعروف بالمغربي الرشيدي ، ج٥ ، ط٣ ، دار الكتب العلمية –بيروت ، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣ م ، ص ٣٨٩ ، ٣٩٦ .

بعنوانه الفعلي مسلوب المنفعة أو قليلها فيجوز تبديله إلى عنوان آخر ذي منفعة للمحافظة على بقاء الوقف(١).

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا غرس متولي الأرض الموقوفة عليه لوحده ، فهو له ملك محترم لملكه له ولأصله ، وان غرس أحد الموقوف عليهم ، أو متولي ليس موقوف عليه ، فهو ملك غير محترم ، وليس له إبقاؤه بغير رضا أهل الوقف ، وإذا اشهد الموقوف عليه ، أو المتولي على ان الغرس له فهو له ، وان لم يشهد فهو للوقف لثبوت يد الوقف على الغرس ، ولو غرس للوقف أو من مال الوقف فهو وقف ، وان كان الغارس أجنبياً بنيته للوقف فهو وقف(٢) .

يتبين من آراء المذاهب الفقهية السابقة أنه لا يجوز تغيير الأرض الموقوفة ، إلاّ إذا نص الواقف على ذلك ، أو تعذر الانتفاع بها على وفق شرط الواقف ، فيصار إلى التغيير بالغرس او بغيره للضرورة للمحافظة على أصل الوقف واستمرار منفعته ، ويكون الغرس في الأرض الموقوفة من الوقف بوساطة متوليه ومن ريعه ، او بالاستدانة ، او من بيت المال .. ، وان تعذر ذلك فنعتقد أنه يحق للقاضي الشرعي – بعد التحقق من منفعة الوقف – إعطاء الأرض الموقوفة مغارسة للغير ولمدة معلومة (٣) ، وبإيجار سنوي(٤) على ان تؤول الاشجار للوقف

---

(١) عبد الأعلى الموسوي السبزواري ، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، ج٢٢ ، (د.ط) ، مطبعة الآداب – النجف الأشرف ، ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤ م ، ص ٨٨ .

(٢) منصور بن يونس بن أدريس البُهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، (د.ط) ، دار الفكر – مصر ، (د.ت) ، ص ٥٠٦ .

(٣) هذه المدة تتحدد على وفق شروط يجب توافرها في انشاء البساتين لغرض رفع انتاج الأشجار ، واعطاء البساتين حاصلاً اقتصادياً جيداً منها : التربة الصالحة ، والمناخ الملائم ، وانتخاب الأصول والاصناف ، وحمايتها فضلاً عن توفر المياه والمساعدات الحكومية وغيرها ، د. علي الدوري و د. عادل الراوي ، انتاج الفاكهة ، دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة الموصل ، ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠م، ص ٣٠ .

(٤) لابد من اعفاء المغارس من بدل الإيجار ، أو يكون رمزياً في السنين الخمسة الأولى من عقد المغارسة، لان أكثر الأشجار لا تعطي ثمارها إلا بعد مضي هذه المدة ، فمثلاً أشجار الرمان تبدأ بالأثمار في السنة الثالثة من غرسها ، وتتميز باعطاء محصول وافر في السنة

بعد انتهاء العقد ، لذا يضمن استثمار أرض الوقف ، ودوام مصرفها، ويمنع تفتيتها أو تملكيها للمغارس .

الفرع الثاني

حكم المغارسة في أرض الوقف

(دون عقد أو أذن شرعي) في الفقه الإسلامي

قد تكون المغارسة في أرض الوقف تجاوزاً ، كما لو غرس مستأجر في أرض الوقف من ماله من دون أذن متولي الوقف ، فله قلع غرسه إن كان لا يضر بالأرض ، والاّ عليه الانتظار حتى يبس الشجر ويأخذه ، وللمتولي تملكه بأقل القيمة مغروساً ، أو مقلوعاً ، أو مستحق القلع إن كان في ذلك مصلحة للوقف(١) .

الثامنة ، وتبلغ أقصى مرحلة الاثمار في سن (١٥) سنة وتعمر (٥٠) سنة أو أكثر ، والزيتون يبدأ بالاثمار في السنة الرابعة أو الخامسة ، ويكون محصولاً وفيراً عندما تتجاوز الاشجار عمر (١٠) سنوات ، وتعمر إلى (١٥٠) سنة ، وتبدأ فسائل النخيل تحمل محصولاً عندما يكون عمرها (٤) سنوات ، ويستحق المحصول الجمع عندما يصبح عمر الفسيلة(٦) سنوات ، والفسيلة التي عمرها (٨-١٠) سنوات تحمل محصولاً كاملاً ، وتستمر الأشجار بالحمل عمراً طويلاً قد يصل إلى مائة سنة ، د. علي الدوري ود. عادل الراوي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ و ٤٧٢ و ٤٣٨ ؛ إضافة إلى ما تقدم ذكره فان تقدير بدل الإيجار أو العائد من الناتج بعد مضي الخمس سنوات الأولى يجب أن لا يغالى فيه أي أقل من أجر المثل ، لان المغارس سيبذل جهوداً كبيرة ووقتاً طويلاً ونفقات كثيرة فضلاً عن أنه يبغي الربح فلابد من تعويض ذلك كله بانتاج الثمر فيحتاج إلى مراعاته في المدة وبدل الإيجار ، وإلا فإننا سنكون أمام عدم وجود راغب في المغارسة في أرض الوقف ، مقابلة مع مغارس أشجار الزيتون في منطقة الفاضلية في محافظة نينوى – العراق السيد علي فاضل مصطفى بتاريخ ٢٠١١/٥/٥ .

(١) عبد الوهاب خلاف ، مصدر سابق ، ص ٢٦٧ .

ولو كان الغارس غاصباً للأرض الموقوفة ، يؤمر بقلع الاشجار ، ورد الأرض إن لم يضر الوقف ، وإلاّ يتملكها الوقف مقلوعة ، وان لم يكن للوقف غلة يؤاجر ويعطى من ذلك(١) إذ لا تسامح مع الغاصب .

ولكن السؤال الذي يثار هو : ما الحكم إذا وقعت المغارسة في أرض الوقف بعقد أو بأذن مخالفة لسنة الوقف باقتسام أرض الوقف والشجر ؟ . اختلف فقهاء المسلمين المتأخرين من المالكية في ذلك إلى عدة آراء(٢) على وفق الآتي :

الرأي الأول : إجازة المغارسة في أرض الوقف بحكم قضائي مراعاة للخلاف أو العرف ، لان حكم القاضي يرتفع به الخلاف ، أو مراعاة ما جرى به العرف ، وهذا الرأي منتقد ، لانه لا يحق للقاضي الحكم خلافاً للأحكام الشرعية التي لا تجيز صحة المغارسة في أرض الوقف بشطر منها ، وانما عليه القضاء بكل ما هو انفع للوقف .

الرأي الثاني : يذهب إلى تعويض المغارس في أرض الوقف قيمة غرسه وعمله من مال الوقف ، وإلاّ يدفع المغارس قيمة الأرض دون غراس ، ويُشترى بثمنها أرضاً لتكون وقفاً بدلاً عن الأولى ، أي يصار إلى استبدال الأرض الموقوفة ، ولا نؤيد حالة الاستبدال عند تعذر التعويض ، لانه سيكون ذريعة وسابقة تؤدي إلى بيع أرض الوقف المغروسة ، وبإمكان الوقف الاستدانة من خزينة الدولة أو الوقوف الأخرى لتعويض المغارس .

الرأي الثالث : وهو أن يدفع الوقف قيمة الغراس مقلوعاً ، فإن لم يستطع ، فللمغارس نقض غرسه وأخذه ، ويحافظ هذا الرأي على أرض الوقف .

---

(١) محمود الأوزجندي ، فتاوى قاضي خان ، ج٣ ، مطبعة محمد شاهين – مصر ، ١٢٨٢ هـ ، ص٣٣٥.

(٢) في هذه الآراء ينظر : د . جمعة محمود الزريقي ، حكم المغارسة في أرض الوقف بين الواقع وقواعد الفقه والقانون ، بحث منشور في مجلة أوقاف تصدرها الامانة العامة للأوقاف – الكويت ، العدد ١١ ، السنة السادسة ، ١٤٢٧ هـ – ٢٠٠٦ م ، ص ٢٧–٣١ .

الرأي الرابع : هو إبقاء الأرض الموقوفة تحت يد المغارس بأجر المثل قياساً على حق الحكر الذي يعطي حق البقاء والاستقرار .

الرأي الخامس : يذهب إلى تعويض المغارس قيمة غرسه وعمله من مال الوقف ، فان تعذر يصبح المغارس شريكاً في ملكية الأرض الموقوفة بنسبة غرسه إلى قيمة الأرض ، وهذا الرأي مخالف لحبس الوقف ، ومنع التصرف فيه بنقل ملكيته للغير .

وهنالك رأي آخر يذهب (١) إلى أنه إذا وقعت المغارسة في أرض الوقف ، وأدى المغارس التزاماته فيعوض المغارس ما أنفقه من مال الوقف ، وإلاّ تبقى الأرض الموقوفة بيد المغارس لاستغلالها حتى يسترد قيمة غرسه ، لأنه يحافظ على الوقف من التقسيم ، وتمليكه للغير ، وعدم الاضرار بالمغارس . ويفهم من هذا الرأي أنه يتجه إلى جعل الوقف مديناً ، ويسدد دينه من إيجاره على مر السنين ، ولا نتفق معه ، لانه يجعل شرط الواقف معطلاً بحرمان الموقوف عليهم من الصرف عليهم إلى ان يتم سداد قيمة الغراس .

والرأي الذي نقترحه هو : أن المغارسة التي وقعت في أرض الوقف تعالج بإبقاء المغارس على أن يدفع اجر مثل الأرض الموقوفة ، لأنه يحافظ عليها من نقل ملكيتها إلى المغارس ، ويضمن استمرار توزيع غلة الوقف على وفق شرط الواقف ، وفي حالة عدم دفع المغارس أجر المثل يؤمر بترك الأرض الموقوفة على أن يعوض قيمة الغراس مقلوعة ، وهذا تحكيراً ضمنياً كما تقدم بيان ذلك .

يظهر من كل ما تقدم ذكره : ان موقف الفقه الإسلامي من حكم المغارسة في أرض الوقف من دون عقد أو أذن متشدد ، وحسناً فعل ، لأنه يتفق مع مصلحة الوقف في الحفاظ على ملكيته كاملة ، ولأن الوقف طرف ضعيف بحكم اليتيم يستحق الرعاية لأن أصل مصرفه للفقراء ، وان حصلت فللوقف تملك الغراس مقلوعاً إن احتاجه ، والاّ يؤمر الغارس بقلع غراسه .

---

(١) ينظر د. جمعة محمود الزريقي ، مصدر سابق ، ص ٣١ .

المطلب الثاني

حكم المغارسة في أرض الوقف في القانون العراقي

المغارسة في أرض الوقف في القانون العراقي قد تكون بعقد أو بحكم القانون ، ويترتب على ذلك أحكام بينها المشرع العراقي في القانون المدني بشكل عام ، ثم في قانون الاصلاح الزراعي ، وبإشارات لبعض أحكامها في القوانين الأخرى ، فضلاً عن ذلك عمل على تصفية الأراضي الموقوفة المغروسة جميعها بتشريعات استثنائية خاصة ، كما عالج المشرع العراقي حكم المغارسة تجاوزاً من دون عقد أو حكم القانون في الأرض الموقوفة .

لذا سنبين حكم التشريعات العراقية وموقف القضاء العراقي مما سبق ذكره في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

حكم المغارسة في ارض الوقف

(بعقد أو بحكم القانون) في القانون العراقي

سبق أن وضحنا بان موقف القانون العراقي من المغارسة تحدد ابتداءً بالقانون المدني في المواد (٨٢٤ – ٨٣٣) ، ومنها أن تكون الاشجار لوحدها مشتركة بين صاحب الأرض والمغارس بعد انتهاء العقد ، ويصح ذلك بالأرض الموقوفة ، ولمتولي الوقف تملكها قائمة .

وبعد ذلك صدر قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ، ونص على إجراء تثبيت حقوق المغارسة في البساتين للمغارس حصة لا تقل عن نصف الأرض والشجر بعد انتهاء مدة عقد المغارسة ، أو مرور عشر سنوات على ابتداء غرسه أيهما أقل ، ويبطل كل اتفاق على حصة تقل عن ذلك(١) .

ويظهر ان المشرع العراقي جعل نصف الأرض والشجر من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ، فضلاً عن انه جوّز إثبات عقود

---

(١) المادة (الرابعة عشرة / أ-١) من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠.

المغارسة بالبينة الشخصية ، وطرائق الإثبات القانونية الأخرى [١]، إلا ان المغارسة في أرض الوقف خارجة عن تطبيق أحكام هذا القانون كما تقدم بيان ذلك.

أما موقف قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، فان المادة (١/٢٣٥) منه نصت بأن : ((تسجل الحقوق العينية الأصلية للمغارس الناشئة عن عقد المغارسة في الأرض والأشجار الواردة على الأرض المملوكة ، أو الموقوفة مع مراعاة أحكام القوانين النافذة)) .

وكان الأولى بالمشرع العراقي ألا يشمل الأراضي الموقوفة بالتسجيل ، لأن الشريعة الإسلامية لا تجيز المغارسة في الأرض الموقوفة بشطر من الأرض والشجر ، فضلاً عن ان قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ لم يشمل الوقف ، وهذا إتجاه القضاء العراقي كما أشرنا . و أن المادة (٢٥٨) من قانون التسجيل العقاري العراقي لا تجيز إجراء التصرفات القانونية على العقار الموقوف ، أو ترتيب أية حقوق عينية ، إلا في الحالات التي يجيزها القانون ، ولا توجد قانون الأوقاف العراقي فيه أية إشارة إلى إجازة عقد المغارسة في الأرض والشجر . لذا ندعو المشرع العراقي إلى الغاء لفظ ((الموقوفة)) من الفقرة (١) من المادة (٢٣٥) من قانون التسجيل العقاري لكي تكون أكثر اتساقاً مع مواد القانون نفسه ، والقوانين الأخرى .

ويَلحظ أن المشرع العراقي إتجه إلى تصفية الأراضي المغروسة لبعض الوقوف بإصدار تشريعات خاصة بها ، ثم إلى تصفية الأراضي والبساتين الموقوفة جميعها ، وسنفصل ذلك على وفق الآتي :

أولاً - أجاز المشرع العراقي بقانون جواز تصفية الوقف القادري في لواء (محافظة) ديالى المرقم ٨٥ لسنة ١٩٥٩ [٢] تصفية الأراضي الواقعة في محافظة ديالى العراقية المغروسة بالاشجار والنخيل ، أو التي أحدثت عليها منشآت ، والموقوفة وقفاً خيرياً على جامع الشيخ عبد القادر الكيلاني ، أو على أية جهة خيرية أو علمية للجامع[٣] ، وجاء في المادة الثانية – المعدلة – من القانون بان :

---

(١) الفقرة (٣) من المادة في أعلاه من القانون نفسه .

(٢) الوقائع العراقية العدد ١٧٦ في ١٩٥٩/٥/٣٠ .

(٣) المادة : الأولى /أ من القانون .

((يصفى الوقف القادري في لواء (محافظة) ديالى ، ويملك لذي العلاقة فيه لقاء بدل يدفعه لجهة الوقف باقساط متساوية لمدة عشر سنوات إبتداء من تاريخ تسجيل التمليك باسمه في دوائر الطابو (التسجيل العقاري) وفقاً لأحكام القانون))(١) .

ويتضح من النص أعلاه أن المشرع العراقي أراد تصفية أراضي الوقف القادري الكائنة في محافظة ديالى المغروسة ، وتمليكها لذوي العلاقة وهم : -

١- المغارس (الشريك) : وهو شريك الوقف القادري في المغروسات والثمار .
٢- صاحب المنشآت : التي أحدثت على أراضي الوقف القادري في ديالى ، بشرط أن تكون حقوقهم ثابتة بموجب قيد التسجيل ، أو سند التسوية ، أو حكم محكمة مكتسب الدرجة النهائية(٢) .
٣- المغارس الفضولي : في أراضي الوقف القادري في ديالى ، ويعد من جملة ذوي العلاقة بشروط وهي :-
أ- أن يثبت تصرفه في الأراضي بغرسها بالأشجار والنخيل مدة لا تقل عن عشر سنوات سابقة على نشر القانون .
ب- وألا يقل عمر أكثر الأشجار عن عشر سنوات .
ج- وألا يقل عدد الأشجار المغروسة عن (٤٠) شجرة لكل دونم نصفها مثمر فعلاً(٣) .

إن عَد المغارس الفضولي من أصحاب العلاقة بالشروط المذكورة آنفاً محل نظر ، لأن المشرع العراقي كأنما أجاز للمغارس الفضولي الغراس بأرض الوقف القادري في ديالى العراق ، وهذا لا يتفق مع مصلحة الوقف ، فضلاً عن ان المغارسة في أرض الوقف وتمليكها للغير مخالفة لسنة الوقف في تأبيده ومنع التصرف فيه .

---

(١) عُدلت كما جاء في اعلاه بالمادة الثالثة من قانون التعديل الثالث رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٢ ، الوقائع العراقية ٧٣٠ في ١٩٦٢/١٠/١٨ .

(٢) المادة : (الأولى /ب) من قانون جواز تصفية الوقف القادري في لواء ديالى رقم ٨٥ لسنة ١٩٥٩ .

(٣) يُعد المشرع العراقي المغارس الفضولي من جملة ذوي العلاقة بالمادة الثانية من قانون التعديل الثالث رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٢ .

وبين المشرع العراقي أن تمليك ذوي العلاقة المذكورين نصيبهم من أرض الوقف والأشجار ، وتمليك صاحب المحدثات أرض الوقف القادري المنشأة عليها يكون بما يعادل بدل مثل الأرض الموقوفة ، وحصة الوقف من قيمة المغروسات والمنشآت قائمة[١] ، بناء على طلب ذوي العلاقة بإقامة دعوى طلب تصفية الوقف لدى محكمة بداءة محل الوقف على وفق الأصول[٢] .

ويُلحظ أن المشرع العراقي بين آلية دفع البدل لجهة الوقف بأقساط لمدة عشر سنوات ، وفي حالة الامتناع أو التأخير عن الدفع يستحصل على وفق قانون جباية الديون الحكومية ، فضلاً عن تخفيض ١٠% من البدل في حالة دفع البدل بكامله خلال سنة[٣] . وهذه الآلية محل نظر ، لانها تجعل البدل (النقد) عرضه للأخطار ، ويفقد قيمته بمرور الزمن ، ولا تستطيع جهة الوقف أن تنفذ المادة السابعة من القانون بأن تشتري بالبدل عقار لاستغلاله لمنفعة الجهة التي وقفت عليها الأرض والغراس .

يتضح مما تقدم ان المشرع العراقي أراد تصفية أراضي الوقف القادري في ديالى العراق بتمليكها للمغارس الشريك ، أو الفضولي بشكل لا يتفق مع شروط استبدال الموقوف ومصلحة الموقوف عليه ، وهو قانون استثنائي خاص بالوقف القادري في ديالى ، وكان الاجدر به أن يجبر الدولة على استبدالها عيناً أو نقداً ، ومن ثم يقوم بتمليكها بالطريقة التي رسمها القانون ، ويحفظ حقوق الوقف .

ثانياً - إتجه المشرع العراقي إلى تصفية الأراضي ، والبساتين الموقوفة باستبدالها بأراضي غير زراعية تعود للدولة ، أو ببدل[٤] ، ثم عدل المشرع العراقي عن ذلك

---

(١) المادتن : الرابعة والخامسة من قانون جواز تصفية الوقف القادري في ديالى .

(٢) المادة : الثالثة /أ من القانون نفسه .

(٣) المادة السادسة /ب ، ج من القانون نفسه .

(٤) يراجع : قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل المرقمة ٩٠٤ في ١٩٧٢/١٢/٣ ، ١٩٩ في ١٩٧٥/٢/١٦ ، ٧٠٢ في ١٩٧٩/٦/٢ .

، وإتجه إلى استبدالها إلى المغارسين والفلاحين المستغلين لها فعلياً إن رغبوا في ذلك ، وإلاّ تنهى علاقتهم، ويعلن عن استبدالها نقداً بالمزاد العلني[١] .
ويظهر أن المشرع العراقي أراد تصفية الأراضي والبساتين الموقوفة باستبدالها ، وانهاء علاقة الوقف مع الفلاحين والمغارسين فيها .

يتبين من كل ما تقدم ان المشرع العراقي يعمل على تصفية الأراضي الموقوفة المغروسة بالاستبدال ، وشراء أملاك بالبدل لاستغلالها لمنفعة جهة الوقف التي وقفت لها الأرض ، لكن آلية دفع البدل لم تكن تتفق مع مصلحة الوقف.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي لجأ إلى صورة أخرى لتصفية المغروسات في أرض الوقف ، ومنها إصدار قانون إطفاء حقوق الإجارة الطويلة في العقارات الموقوفة رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٦ [٢] ، ويكون بطلب تقدمه جهة الوقف إلى محكمة بداءة موقع العقار ، وانحصر القانون بالأوقاف الملحقة التي يديرها المتولي ، واستثنى الأوقاف المضبوطة التي تديرها دائرة الأوقاف المختصة ، فضلاً عن استثناء مستأجر الإجارة الطويلة إذا كان شاغلاً العقار الموقوف لأغراض السكن لنفسه أو لورثته حتى انتهاء مدة الإجارة[٣] ، وهذا الاستثناء لا مسوغ له ، ولا يتفق مع مصلحة الوقف ، فضلاً عن تعارضه مع الأسباب موجبة التشريع القانوني التي تشير إلى أنه اقتضت المصلحة إطفاء حقوق الإجارة الطويلة ، لانه أدى ارتفاع مستوى المعيشة إلى حرمان جهة الوقف من الانتفاع بعقاراته بصورة عادلة[٤] .

وبقدر تعلق الأمر بالمغروسات فقد جاء في المادة الرابعة /٢ من القانون إلى أنه ((تقدر قيمة ما أحدث في الأرض (ارض الوقف) من بناء ، ومنشآت أخرى ، ومغروسات بقيمتها قائمة سواء أُحدثت وفق أحكام العقد أو القانون)) . ويتضح من النص أن تمليك المغروسات لجهة الوقف بقيمتها لأنها غرست بعقد أو بحكم القانون من دون تجاوز .

---

(١) يراجع : قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٣٩٤ في ١٩٨٣/٣/٣٠ .
(٢) الوقائع العراقية العدد ٣١١٦ في ١٩٨٦/٩/٢٢ .
(٣) المواد : الأولى ، والثانية ، والثامنة من قانون إطفاء حقوق الإجارة الطويلة في العقارات الموقوفة رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٦ .
(٤) الأسباب الموجبة لصدور القانون نفسه .

الفرع الثاني

حكم المغارسة في أرض الوقف تجاوزاً

(من دون عقد ، أو قانون) في القانون العراقي

إتجه المشرع العراقي إلى أن الغارس إذا أحدث أغراساً على أرضٍ يعلم انها مملوكة لغيره من دون رضا صاحبها ، إذا تم فان لصاحب الأرض أن يطلب من المغارس قلعها ، ولصاحب الأرض تملك المغروسات مستحقة القلع إن كان القلع مضراً بالأرض(١) ، ثم إتجه إلى قلع المحدثات المغروسة ، أو المزروعة ، أو المشيدة على أرض موقوفة تجاوزاً ، وبيعها على نفقة المتجاوز فضلاً عن تعويض الوقف ضعف أجر المثل ..(٢) ، وحسناً فعل المشرع العراقي لأن الوقف طرف ضعيف ، ويجب التشديد بحمايته ، وإلاّ كان عرضه للتسور عليه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي خالف الأحكام التي تعالج التجاوز على أرض الوقف بقانون الأوقاف ، بإصداره تشريع استثنائي وقتي بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٢٤٦ في ٣/١٢/ ١٩٨٨ تعديلاً للقرار المرقم ٣٩٤ في ١٩٨٣/٣/٣٠ ، شمل بموجبه البساتين والأراضي الزراعية التي تعود إلى وزارة الأوقاف ، والمتجاوز عليها بالغرس ، أو بالبناء – إذا ثبت أن الاستغلال حصل قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٩٩ لسنة ١٩٧٥ – بالتمليك (الاستبدال) للمغارسين والفلاحين المستغلين الفعليين لها ، أو لورثتهم بقيمتها المقدرة على وفق قواعد التقدير في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، خلال

---

(١) المادة : (١١١٩) من القانون المدني العراقي .

(٢) المادة : الثانية عشرة من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ ، علماً بان المادة عُدلت بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٩ (قانون التعديل الثامن لقانون إدارة الأوقاف) ، الوقائع العراقية العدد ٣٨٠٤ في ١٩٩٩/١٢/١٣ ، وان التعديل جاء مؤكداً للمادة ومنظماً لها ، رافعاً من قيمة الغرامة ، فصلاً عن تضمين المتجاوز ضعف قيمة الأضَرار الناجمة عن التجاوز .

سنة من صدور التعديل ، وفي حالة عدم رغبتهم بالتمليك تنهى علاقتهم الزراعية ، ويعلن بيعها (استبدالها) بالمزاد العلني[١] .

وأخيراً فان المشرع العراقي حسم موضوع المغارسة في أرض الوقف ، بأن استثنى الأراضي الموقوفة وقفاً صحيحاً من أحكام تثبيت حقوق المغارسة ، ولا يقبل أي أدعاء بتثبيت هذه الحقوق في تلك الأراضي ، إذ جاء في ثانياً من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٨٢ في ٢٠٠٢/٨/٢٩[٢] . ((تستثنى الأراضي الموقوفة وقفاً صحيحاً من أحكام تثبيت حقوق المغارسة ، ولا يقبل أي إدعاء بتثبيت هذه الحقوق في تلك الأراضي)) . ولذا لا يجوز أي إدعاء بتثبيت حقوق المغارسة على أراضي الوقف الصحيح على وفق المادة الرابعة عشرة من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته . وحسناً فعل المشرع العراقي – ولو جاء متأخراً – تأكيداً لاحترام إرادة الواقف ، ودوام الوقف .

والسؤال الذي يمكن أن يثار هو : ما موقف القضاء العراقي من غرس أراضي الوقف من دون عقد ؟ . كان إتجاه القضاء العراقي في ذلك على وفق الآتي:

الإتجاه الأول : إتجه القضاء العراقي إلى تكييف العلاقة بين الوقف ، والمغارس عقد مغارسة، لان استيفاء جهة الوقف الغلة يُعد قبولاً لها بما قام به المغارس (الموجب) ، فضلاً عن ان الإيجاب الصادر من المغارس قد تمخض لمنفعة الوقف لاتصاله بتعامل سابق مع جهة الوقف وسكوتها[٣] ، ويعد القضاء العراقي إقرار

---

(١) يراجع : قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٣٩٤ في ١٩٨٣/٣/٣٠ ، والمعدل بالقرار المرقم ٢٤٦ في ١٩٨٨/٣/١٢ ، والتعليمات رقم(٣) لسنة ١٩٨٨ الصادرة لتسهيل تنفيذ أحكام القرار الأخير ، والمنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٢٠١ في ١٩٨٨/٥/٩.

(٢) الوقائع العراقية العدد ٣٩٤٧ في ٢٠٠٢/٩/٩.

(٣) قرار هيئة تمييز الاصلاح الزراعي الأولى (سابقاً) المرقم ١١٢ / عائدية ١٩٧٤ في ١٩٧٤/١٠/١٥ اشار اليه د. عدنان العزاوي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ هامش رقم (٢٤) .

متولي الوقف سنداً في تثبيت حقوق المغارسة[١] ، ويذهب أحد شراح القانون العراقي[٢] أن هذا التكييف يجعل عقد المغارسة في أرض الوقف نشأ بعد إتمام الغرس ، وإثمار الأشجار ، وان استيفاء جهة الوقف لحصتها من الغلة يجب أن يكون من مخولٍ أصلاً صلاحية ابرام هكذا عقود ، وإلاّ يُعد العقد موقوفاً على من يملك ذلك .

فضلاً عما تقدم : فان الوقف تحكمه قواعده المفصلة في الفقه الإسلامي التي لا تجيز عقد المغارسة في أرض الوقف بجزء من أرضه ، لانها مخالفة لسنة الوقف بالحبس ومنع التصرف فيه ، ولا يملك أحد إجازة العقد ، إذ أن تصرف متولي الوقف سواء المتولي الخاص أم العام (دائرة الوقف المختصة) منوط بالأحكام الشرعية ومصلحة الوقف ، وبعكسه يعد تصرفاً باطلاً لا يعول عليه . وينبغي إنذاره بقلع المغروسات ، وإلاّ قَلعها على نفقة المتجاوز[٣] ، وان استلام جهة الوقف الغلة هو عن أجر مثل تجاوز المغارس لصرفها على الموقوف عليه ، ولا يعد إقراراً بالمغارسة .

الاتجاه الثاني : عدل القضاء العراقي عن الاتجاه السابق ، وهو ضرورة وجود عقود مغارسة مع جهة الوقف مثبتة في سجلات رسمية ، وإن سكوت الدوائر الرسمية يحمل على الرفض من دون القبول ، وانه يجب ان يثبت القبول كتابه [٤] .

---

(١) قرار هيئة تمييز الاصلاح الزراعي الثانية (سابقاً) المرقم ١١٩٥ / مغارسة / ٧٨ في ١٩٧٨/١١/٢٨ ، اشار اليه د. عدنان العزاوي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ هامش رقم (٢٥) .

(٢) د. عدنان العزاوي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ – ٣٠٤ .

(٣) ينظر المادتان الثانية عشرة ، والثالثة عشرة من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدلة.

(٤) قرار هيئة تمييز الاصلاح الزراعي (سابقاً) المرقم ١/مغارسة / ١٩٨٥ في ١٩٨٥/١/٣٠ ، والقرار المرقم ٢/مغارسة / ١٩٨٥ في ١٩٨٥/٥/١٨ ، إشار اليهما: د. عدنان العزاوي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ هامش رقم (٢٦ ،٢٧) .

الإتجاه الثالث : بناء على قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٨٢ في ٢٠٠٢/٨/٢٩ (١)، أبطلت دعاوى عديدة – ولاسيما في محكمة بداءة الفاو – كانت تطالب بتثبيت حقوق المغارسة في أرض الوقف ، وان القضاء يسير على وفق ما يحفظ حقوق الوقف (٢) ، فضلاً عن أن المادة الأولى من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ لم تشمل الأرض الموقوفة بتعبير صاحب الأرض ، وهذا ما أخذت به محكمة التمييز العراقية كما سبق الإشارة إلى ذلك، فضلاً عن ((قاعدة شرط الواقف كنص الشارع))(٣) ، وكون وقف الأرض يعني التأبيد على هذه الصفة ، وان تفتيته بالمغارسة يفوت الغرض من إيقافه .

---

(١) يراجع نص البند ثانياً من القرار في الصفحة السابقة .

(٢) نقلاً عن كتاب رئاسة ديوان الوقف السني العراقي المرقم ١٠٢٥ في ٢٠٠٥/٣/٨ .

(٣) هذه القاعدة متفق عليها في الفقه الإسلامي ، يراجع في الفقه الحنفي : ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، مصدر سابق ، ص ٥٢٧ ، ٧٣٥ ؛ وفي الفقه المالكي : أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ ؛ وفي الفقه الشافعي : عبد الملك بن عبدالله بن يوسف الجويني ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، ج٨ ، ط٢ ، دار المنهاج – جدة ، ١٤٣٠ هـ ، ٢٠٠٩ م ، ص ٣٦٢ ، ٣٦٧ ؛ وفي الفقه الحنبلي : منصور بن يوسف بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ، مكتبة النصر الحديثة – الرياض ، (د . ت) ، ص ٢٦٣ ؛ وفي الفقه الجعفري : عبد الأعلى الموسوي السبزواري ، مصدر سابق ، ص ٧٠ ؛ وفي القانون العراقي : يجب تنفيذ شروط الواقفين ، يراجع : المادة – ٣/أ ، ج – من قانون هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ ، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٤٨٧ في ١٩٩٣/١٢/٦ ؛ وفي القضاء العراقي : نص قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد ٣٨ / الهيئة الشخصية الأولى / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١/٢١ على : (الالتزام بشرط الواقف التزاماً حرفياً إلا في حالة التعذر للاستحالة) ، يراجع : محمد رافع يونس محمد ، تعليقات على الاحكام والقرارات القضائية ، مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية الحقوق لجامعة الموصل ، المجلد ١٢ ، العدد ٤٤ ، حزيران ٢٠١٠ ، ص ٤٤١ .

وتجدر الإشارة إلى أن هيئة الأوقاف العراقية لا تجيز للمستأجر للأرض الموقوفة حق الغرس فيها بلا أذن تحريري ، وان كل ما غرسه يعد تبرعاً ويعود للوقف من دون بدل ، وليس له حق الإدعاء به أو قلعه نهاية الإيجار(١) .

يظهر من كل ما تقدم ذكره ان المشرع العراقي لم يجز المغارسة في أرض الوقف بجزء منها ، إلاّ أنه عمل على إصدار تشريعات خاصة استثنائية لتصفية الأراضي الموقوفة المغروسة العائدة للوقف القادري في ديالى ، فضلاً عن تصفية الأراضي والبساتين الموقوفة – وشمل المغارس الفضولي ، والمتجاوز – عن طريق الاستبدال لشراء أملاك بدلاً عنها لمنفعة جهة الوقف ، واتجه إلى تملك المغروسات لجهة الوقف بقيمتها إن غرست بعقد أو بحكم القانون في الإجارات الطويلة ، واخيراً فانه حسم الموضوع بعدم قبول أي إدعاء بتثبيت حقوق المغارسة في أرض الوقف واستقر القضاء العراقي على ذلك .

الخاتمة

في ختام بحثنا سنعرض أهم ما توصلنا إليه من نتائج ، وتوصيات ، على وفق ما يأتي :

أولاً : النتائج :

١- لم يجيز الفقه الجعفري والشافعي المغارسة مطلقاً ، ولكن الحنابلة والحنفية أجازا المغارسة في الأراضي المملوكة والموقوفة بشطر من الشجر من دون الأرض ، والرأي الغالب عند المالكية بجواز المغارسة في الأرض المملوكة بجزء منها من دون الأرض الموقوفة ، لأنه لا يجوز بيع الوقف ، وانفرد رأي من المالكية بالجواز معللين ذلك ببيع (استبدال) جزء من الأرض الموقوفة الخربة لاصلاح الجزء الآخر .

٢- يمكن تعريف المغارسة في أرض الوقف بأنها : عقد يُسلِّم بمقتضاه متولي الوقف – عند تحقق الضرورة ، وبإذن القاضي – أرض الوقف الصحيح إلى من يغرسها بأشجار معلومة ثابتة الأصل مثمرة ، والعناية بها لمدة

---

(١) ينظر : الفقرة (١٧) من الشروط الأساسية لإيجار الأراضي والبساتين الوقفية العراقية .

معلومة بجزء معين من ثمرتها. والتعريف يحافظ على الأرض الموقوفة من التفتيت أو البيع ، ويعمل على استمرار تأبيدها بدوام منفعتها للموقوف عليهم .

٣- لم يجز المشرع العراقي المغارسة في أرض الوقف بجزء منها ، ولذا أجاز لديوان الأوقاف ، ومتولي الوقف الملحق ، وبقرار مجلس الأوقاف الأعلى تملك المغارسة في أرض الوقف رضاء أو قضاء بعد دفع تعويض عادل للمغارس ، فضلاً عن أنه عمل على إنهاء العلاقة بين أرض الوقف ، ومالك البناء أو الغراس بإطفاء الحقوق المترتبة على أرض الوقف كالحكر ، والإجارة الطويلة ، والاجارتين ، والإجارة المؤجلة ، والمقاطعة ، وعرصات النخيل والبساتين .. ، لأنها عطلت منافع الأوقاف من املاكها ، وحملتها نفقات كبيرة .

٤- إتجه المشرع العراقي إلى تصفية الأراضي الموقوفة المغروسة العائدة للوقف القادري في ديالى ، ثم إلى تصفية الأراضي والبساتين الموقوفة جميعها ، وتشمل المغارس الفضولي ، والمتجاوز على أرض الوقف عن طريق الاستبدال ، وشراء أملاك بالبدل لاستغلالها لمنفعة جهة الوقف التي وقفت لها الأرض والغراس ، لكن آلية دفع البدل لم تكن تتفق مع مصلحة الوقف .

٥- وأخيراً فان المشرع العراقي حسم موضوع المغارسة في أرض الوقف بعدم قبول أي إدعاء بتثبيت حقوق المغارسة في أرض الوقف ، واستقر القضاء العراقي على ذلك أيضاً .

ثانيا: التوصيات :

١- نقترح على المشرع العراقي إستثناء الأوقاف من أحكام أي قانون يشرعه بالقول : ويبقى الوقف خاضعاً للأحكام الشرعية والقانونية الخاصة به ، لكي يخلص من الاضطراب التشريعي ، ولا يربك القضاء العراقي بأحكام متناقضة تتعارض مع مصلحة الوقف .

٢- يتعارض نص المشرع العراقي على تسجيل الحقوق الأصلية للمغارس الناشئة عن عقد المغارسة في الأرض والأشجار الواردة على الأرض المملوكة ، أو الموقوفة مع سنة الوقف التي لا تجيز المغارسة في الأرض

الموقوفة بالأرض والشجر ، فضلاً عن ان قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ لم يشمل الوقف ، وهذا إتجاه القضاء العراقي ، وأن قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ لا يجيز ترتيب أي حقوق عينية على الوقف إلاّ في الحالات التي يجيزه القانون ، وقانون الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٦ لا توجد فيه إشارة إلى إجازة عقد المغارسة في الأرض والشجر . لذا ندعو المشرع العراقي إلى الغاء لفظ ((الموقوفة)) من الفقرة (١) من المادة (٢٣٥) من قانون التسجيل العقاري لكي تكون أكثر إتساقاً مع مواد القانون نفسه ، والقوانين الأخرى .

٣- نقترح على المشرع العراقي شمول الغراس في أرض الوقف الصحيح بالمساطحة ، بحذف لفظ ((غير الغراس)) من المادة (١٢٦٦) من القانون المدني على غرار القوانين العربية ، ولكي تكون أكثر إتساقاً مع نص المادة (١٢٧٠) من القانون نفسه ، وكذلك حذفها من الفقرة (٢) من المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري حتى تكون متوافقة مع نص الفقرة (٢) من المادة (٢٣٤) ، والمادة (٢٥٨) من القانون نفسه ، لانه سيكون تسجيل الغراس باسم جهة الوقف عند انتهاء حق المساطحة بعد تعويض قيمتها مستحقة القلع ، أو يوجد اتفاق بنقل ملكيتها من دون مقابل .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر

أولا : المعاجم والقواميس

١- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد السادس ، دار صادر – بيروت ، ١٣٧٥ هـ – ١٩٥٦ م .

٢- لويس معلوف ، المنجد الأبجدي ، ط١ ، المطبعة الكاثولوكية – بيروت ، ١٩٦٧ .

٣- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، (د.ط) ، دار الكتب العربية – بيروت ، (د.ت) .

ثانيا : كتب الفقه الإسلامي :

١- أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير ، ج٢ ، الطبعة الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر ، ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م .
٢- أحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي ، الفواكه العديدة في المسائل المفيدة ، ج١ ، ط١، المكتب الإسلامي – دمشق ، ١٣٨٠ هـ .
٣- أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف ، أحكام الأوقاف ، ط١ ، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية ، ١٣٢٢ هـ - ١٩٠٤ م .
٤- أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي البكري ، إعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المبين ، ج٣ ، ط٢ ، المطبعة الأميرية – مصر ، ١٣٠٥ هـ .
٥- برهان الدين بن موسى بن أبي بكر علي الطرابلسي الحنفي ، الإسعاف في أحكام الأوقاف ، ط٢، مطبعة هندية – مصر ، ١٣٢٠ هـ - ١٩٠٢م .
٦- خير الدين الرملي ، الفتاوى الخيرية لنفع البرية ، ج١ ، ط٢ ، المطبعة الكبرى الميرية – مصر ، ١٣٠٠ هـ .
٧- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ومعه حاشية أبي ضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي وحاشية أحمد عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي ، ج٥ ، ط٣ ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م .
٨- شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي ، الذخيرة في الفقه المالكي ، ج١٠ ، على الموقع: htt:llwww.slc.gov.lb بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٤.
٩- د. الصادق عبد الرحمن الغرياني ، فتاوى المعاملات الشائعة ، ط٢ ، دار السلام – القاهرة ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣م .
١٠- عبد الأعلى الموسوي السبزواري ، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، ج٢٢ ، (د.ط) ، مطبعة الآداب – النجف الأشرف ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .
١١- عبد القادر عثماني، فتوى في مغارسة أرض وقفية بتاريخ ٢٠٠٨/١/١٠ م ، وعلى الموقع : htt:llzoauioaelot maina.maktoobblog.com. بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٢ .

١٢- عبد الملك بن عبدالله بن يوسف الجيوني ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، ج٨ ، ط٢، دار المنهاج – جدة ، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩م .
١٣- محمد أمين الشهير بابن عابدين ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج١ ، ط٢ ، مطبعة بولاق – مصر ، ١٣٠٠ هـ .
١٤- محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، دراسة وتحقيق وتعليق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد عوض ، ج٦ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م .
١٥- محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق ، ج٤ ، ط٤ ، مؤسسة أنصاريان – قم ، ٢٠٠٣ م .
١٦- محمد جواد مغنية ، فقه الصادق ، ج١٩ ، على الموقع : http:llwww.imanrohani-com بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٨.
١٧- محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، ج٢ ، مطبعة مصطفى البأبي الحلبي – مصر ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .
١٨- محمد قدري باشا ، قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف ، دراسة وتحقيق : د. علي جمعة محمد و محمد أحمد سراج ، ط١ ، دار السلام – القاهرة ، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م .
١٩- محمد كامل بن مصطفى بن محمود الطرابلسي الحنفي ، الفتاوى الكاملية في الحوادث الطرابلسية ، (د.ط) مطبعة أفندي مصطفى – مصر ، ١٣١٣ هـ .
٢٠- محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزار الكردي الحنفي ، الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز ، مطبوع على هامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية (العالمكيرية) ، ج٣ ، الميمنية – مصر ، ١٣٢٣ هـ .
٢١- محمود الأوز جندي ، فتاوى قاضي خان ، ج٣ ، مطبعة محمد شاهين – مصر ، ١٢٨٢ هـ .
٢٢- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، شرح منتهى الأرادات ، ج٢ ، (د.ط) دار الفكر – مصر - ، (د.ت) .
٢٣- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ، مكتبة النصر الحديثة – الرياض ، (د.ت) .

٢٤- هلال بن يحيى بن مسلم الرأي ، أحكام الوقف ، ط١ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية – حيدر آباد الدكن (الهند) ، ١٣٥٥ هـ .

ثالثاً : الكتب القانونية :

١- أحمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا ، ط١ ، مطبعة المعارف – بغداد ، ١٣٨٨-هـ - ١٩٦٨ م .
٢- أحمد محمد السعد و محمد علي العمري ، الأتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي ، الأمانة العامة للأوقاف – الكويت ، ١٤٢١ – ٢٠٠٠م .
٣- جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المسماة ، ط٢ ، دار إبن الأثير – الموصل ، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م .
٤- جمعة محمود الزريقي ، حكم المغارسة في أرض الوقف بين الواقع وقواعد الفقه والقانون ، بحث منشور في مجلة أوقاف تصدرها الأمانة العامة للأوقاف – الكويت ، العدد ١١ ، السنة السادسة ، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م .
٥- حسن رضا ، أحكام الأوقاف ، ط٢ ، مطبعة التفيض الأهلية – بغداد ، ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م .
٦- حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني – الحقوق العينية ، شركة الرابطة – بغداد ، ١٩٥٤ م .
٧- عبد الجليل عبد الرحمن عشوب ، كتاب الوقف ، ط٢ ، مطبعة الرحاء – مصر ، ١٣٥٤ هـ - ١٩٣٥ م .
٨- عبد الوهاب خلاف ، أحكام الوقف على ما عليه ، ط٢ ، مطبعة النصر – مصر ، ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م .
٩- عدنان أحمد ولي العزاوي ، في القانون الزراعي العراقي ، ج١ و ج٢ ، (د.ط) ، مطبعة دار الحكمة للطباعة والنشر – الموصل ، ١٩٩٠ م .

رابعاً : الكتب العلمية :

١- علي الدوري و عادل الراوي ، إنتاج الفاكهة ، دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة الموصل ، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م .

خامساً : الرسائل الجامعية :

١- أسامة محمد سعيد المفتي ، النظام القانوني لعقود البستنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م .
٢- زينة غانم العبيدي ، حق المساطحة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل ، ٢٠٠٠ م .

سادساً : الدوريات :

١- محمد رافع يونس محمد ، تعليقات على الاحكام والقرارات القضائية ، مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل ، المجلد ١٢ ، العدد ٤٤ ، حزيران ، ٢٠١٠ .

سابعاً : التشريعات العراقية :

١- قانون الأوقاف رقم ٢٧ لسنة ١٩٢٩ (الملغي) .
٢- القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣- قانون جواز تصفية الوقف القادري في لواء (محافظة) ديالى رقم ٨٥ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .
٤- قانون إطفاء حق الحكر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٠ (الملغي) .
٥- قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ وتعديلاته .
٦- قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ .
٧- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .
٨- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٩٠٤ في ١٩٧٢/١٢/٣.
٩- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٩٩ في ١٩٧٥/٢/١٦ .
١٠- قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦.
١١- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٧٠٢ في ١٩٧٩/٦/٢ .
١٢- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٣٩٤ في ١٩٨٣/٣/٣٠ .
١٣- قانون إطفاء حق الحكر رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ .
١٤- قانون إطفاء حقوق الأجارات الطويلة في العقارات الموقوفة رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٦ .

١٥- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٤٦ في ١٩٨٨/٣/١٢ ، وتعليماته رقم (٣) لسنة ١٩٨٨.
١٦- قانون هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ .
١٧- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٨٢ في٢٠٠٢/٨/٢٩ .

ثامناً : التشريعية العربية :

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٢- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ .
٣- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

تاسعاً : المجموعات القضائية :

١- النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق – بغداد ، العدد الثاني، السنة الثالثة ، ١٩٧٤ .

عاشراً : المقابلات الشخصية :

١- مقابلة مع مغارس اشجار الزيتون في منطقة الفاضلية في محافظة نينوى السيد علي فاضل مصطفى بتاريخ ٢٠١١/٥/٥ .